B2
L23

23.

КОММЕНТАРІЙ

къ 366 ст. уст. гражд. судопр.

(ОБЯЗАННОСТЬ ДОКАЗЫВАНІЯ).

М. МАЛИНИНА

ординарнаго профессора Новороссійскаго Университета.

116/32

116/21

ОДЕССА

Печ. въ тип. Ульриха и Шульце, въ Красномъ переулкѣ, д. № 3.

1878.

КОММЕНТАРІЙ

къ 366 ст. уст. гражд. судопр.

(ОБЯЗАННОСТЬ ДОКАЗЫВАНІЯ).

М. МАЛИНИНА

ординарнаго профессора Новороссійскаго Университета

ОДЕССА
Печ. въ тип. Ульриха и Шульце, въ Красномъ переулкѣ, д. № 3.
1878.

БИБЛІОТЕКА * М.П.И.

2007056039

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Новороссійскаго Университета. Ректоръ *И. А. Головкинскій.*

Изъ XXVI тома Записокъ ИМПЕРАТОРСКАГО Новороссійск. Университета.

КОММЕНТАРІЙ *)

къ 366 ст. уст. гражд. судопроизводства:

Истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія[1]).

Общее обозрѣніе содержанія ст. 366 уст. гражд. судопр.

Примѣненіе 366 ст. можетъ имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ, когда въ судебномъ производствѣ по данному дѣлу оказываются *спорные* пункты между тяжущимися

---

*) Предлагаемое изслѣдованіе составляетъ отрывокъ изъ цѣлаго ряда статей, приготовляемыхъ мною къ печати по вопросамъ наиболѣе спорнымъ въ теоріи и практикѣ гражд. судопроизводства.

[1]) Приведенная статья устава гражд. судопр. представляетъ собою почти буквальное изложеніе, въ самыхъ общихъ чертахъ, начала, принятаго въ теоріи. См. напр. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses, стр. 371. Прусскій All. Ger. Ordn. выражаетъ начало распредѣленія обязанности доказывать въ § 16 der Einleitung: «Wenn eine erhebliche *Thatsache* geleugnet wird, so ist vornehmlich derjenige Theil, welcher sich *darauf gründet*, schuldig, dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit an den Tag gebracht werden können». Отсюда теорія прусскаго процесса такъ формулируетъ принципъ: Wer eine erhebliche Thatsache behauptet, muss dieselbe beweisen. Schmidt Joseph, Lehrbuch des preussischen Rechts und Processes. 1875, t. IV, стр. 70. Такими фактами считаются факты, служащіе основаніемъ иска и возраженій. Koch, der preussische Civil-Process. стр. 403 n. 3. Такимъ образомъ, въ результатѣ, теорія прусскаго процесса согласна съ 366 ст. уст. гражд. судопр. Но самъ по себѣ

сторонами[2]). Въ виду спорности даннаго обстоятельства для суда недостаточно однихъ голословныхъ заявленій тяжущихся, ему нужны доказательныя средства. Эти доказательныя средства, по уставу, должны быть представлены какъ истцемъ, такъ и отвѣтчикомъ, каждымъ въ пользу своихъ заявленій. Такимъ образомъ уставъ возлагаетъ обязанность доказывать и на истца и на отвѣтчика. Но сущность ученія объ обязанности доказывать заключается не въ одномъ томъ общемъ положеніи, что каждая изъ тяжущихся сторонъ должна доказывать на судѣ свои заявленія о спорныхъ обстоятельствахъ дѣла, но главнымъ образомъ въ томъ, что одна изъ тяжущихся сторонъ должна доказывать свои заявленія *прежде*, другая

---

§ 16 der Einl. Allg. Ordn. не заключаетъ въ себѣ прямаго указанія на начало пріоритета и чередованія тяжущихся сторонъ въ исполненіи обязанности доказывать, начало, играющее существенную роль въ ученіи объ этомъ предметѣ, какъ увидимъ изъ нашего текста.

Новый Civilprocess-Ordn. für das deutsche Reich 1877. держится того же начала, которое проводится въ вышеприведенномъ прусскомъ законѣ (§ 16) Такъ по § 255: «Jede Partei hat unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thätsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.»

Почти буквально тоже мы встрѣчаемъ и въ австрійскомъ Gerichtsordnung 1781. § 104. Въ новѣйшемъ австрійскомъ проектѣ einer Civilprocess Ordnung. 1876. § 208 такъ опредѣляетъ обязанность доказывать: Jede Partei hat die zur Begründung ihrer Anträge dienenden thatsächlichen Angaben der Wahrheit gemäss vollständig und bestimmt vorzutragen, die erforderlichen Beweise anzubieten, sich über die von ihrem Gegner vorgetragenen thatsächlichen Angaben und angebotenen Beweise mit Bestimmtheit zu erklären, die Ergebnisse der geführten Beweise darzulegen und sich über die Darlegungen ihres Gegners auszusprechen.»

Во французскомъ code civil art. 1315 принципъ высказанъ по отношенію къ искамъ изъ обязательствъ. «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement celui qui se pretend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.» На основаніи этого art. французскіе юристы выработали чрезвычайно простую теорію обязанности доказывать, съ которой мы познакомимся въ своемъ мѣстѣ.

[2]) Въ тѣхъ случаяхъ, когда противной стороны нѣтъ, тяжущійся дѣлающій заявленія не освобождается отъ обязанности доказывать ихъ, насколько они представляются юридически неизвѣстными суду.

послѣ. Къ вопросу, кто изъ тяжущихся прежде и кто послѣ долженъ доказывать, сводится, по нашему мнѣнію, все ученіе объ обязанности доказывать[3]). Изъ теоріи гражданскаго процесса извѣстно, что предметъ и объемъ обязанности доказывать обусловливается тѣмъ, буду-ли я, тяжущійся, обязанъ доказывать прежде, чѣмъ обязанъ это сдѣлать мой противникъ, или послѣ него. Въ послѣднемъ случаѣ для меня обязанность доказывать и не возникаетъ, если мой противникъ съ своей стороны не исполнилъ этой обязанности. Но зато наличность въ производствѣ признаковъ и моментовъ исполненія имъ своей обязанности указываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что наступила моя очередь доказыванія. Очевидно, какъ важно, въ вопросѣ объ обязанности доказывать, установить пріоритетъ и послѣдующій порядокъ между тяжущимися сторонами въ исполненіи ими этой обязанности. Далѣе, при такой постановкѣ вопроса въ высшей степени сложное и запутанное въ литературѣ ученіе о содержаніи обязанности доказывать, что̀ и насколько должно быть доказано — это ученіе получаетъ болѣе

---

[3]) Въ юридической литературѣ извѣстны два направленія, различныя въ исходномъ основномъ принципѣ по вопросу объ обязанности доказывать. По одному воззрѣнію въ основу должно быть положено начало, что долженъ доказывать тотъ тяжущійся, который заявляетъ положительный фактъ, а не тотъ, кто заявляетъ отрицательный фактъ. Это воззрѣніе очень давняго происхожденія; (его находятъ у Ирнерія; см. исторію догмы по этому вопросу у Bethmann-Hollweg въ его Versuche, стр. 325 и слѣд.); въ литературѣ защитниками его являются Klötzer, Versuch einer Beitrage zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. 1813. Kori, въ Archiv für civ. Praxis. B. VIII, n. 3, особенно Rizy, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse. 1841. Противъ него см. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. § 129, n. 16. Другое воззрѣніе исходитъ изъ того начала, что каждый тяжущійся долженъ доказать свои заявленія, все равно будутъ-ли они положительныя или отрицательныя. Здѣсь мы должны указать Weber'a, трудъ котораго (Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung) въ этомъ направленіи имѣлъ громадное вліяніе на дальнѣйшее развитіе ученія по нашему вопросу. Въ нашу задачу не входитъ разсмотрѣніе упомянутыхъ направленій. Но съ тѣмъ и другимъ мы будемъ имѣть случай встрѣчаться послѣ и главнымъ образомъ въ изложеніи ученія о томъ, что̀ должно быть доказано, дабы обязанность одного тяжущагося считалась исполненной, а обязанность другаго тяжущагося—возникшей

точныя и опредѣленныя границы, — именно: обязанность доказывать, по содержанію своему, распредѣляется по состязательнымъ дѣйствіямъ — исковому прошенію, отвѣту, возраженію и опроверженію, въ томъ порядкѣ, въ какомъ они слѣдуютъ одно за другимъ.

Такимъ образомъ содержаніе 366 ст. обнимаетъ собою слѣдующіе вопросы:

I. Какая изъ тяжущихся сторонъ должна доказывать *прежде* своего противника;

II. *Что́* должна доказать эта сторона;

III. *Насколько должна доказать*, дабы могла быть признана судомъ исполнившею свою обязанность и когда бы, слѣд., начиналась для противника обязанность доказыванія. Въ связи съ этимъ должны быть опредѣлены признаки и моменты исполненія обязанности доказыванія тяжущимися въ порядкѣ дальнѣйшихъ состязательныхъ дѣйствій.

IV. Исполненіе тяжущимися обязанности доказыванія, какъ процессуальное дѣйствіе, должно совершаться въ извѣстныхъ формахъ производства; потому для полноты и законченности содержанія ст. 366 мы должны разсмотрѣть вопросъ о судебномъ *производствѣ*, которое имѣетъ мѣсто при возникновеніи въ судѣ вопроса объ обязанности доказывать.

I.

Основнымъ, исходнымъ принципомъ въ рѣшеніи вопроса, какая изъ тяжущихся сторонъ должна доказывать первой, служитъ самый общій, самый элементарный принципъ, по которому происходитъ вообще усвоеніе и установленіе знанія между людьми. Въ силу этого принципа отъ человѣка, который хочетъ убѣдить насъ относительно того или другаго спорнаго обстоятельства, хочетъ внести въ сферу нашего мышленія новый какой либо предметъ, который былъ внѣ нашего сознанія,

отъ такого человѣка мы требуемъ основаній его мнѣній или заявленій, и, если въ его интересахъ будетъ убѣдить насъ, то для торжества своего мнѣнія онъ долженъ представить намъ сказанныя основанія. Въ гражданскомъ судопроизводствѣ точно также мы видимъ, что одно лице заинтересованное (истецъ) хочетъ убѣдить судью въ томъ, что между нимъ и другимъ заинтересованнымъ лицомъ (отвѣтчикомъ) должно быть такое-то или въ такомъ-то видѣ правоотношеніе, котораго прежде не было и которое этимъ другимъ заинтересованнымъ отрицается. Потому и въ гражданскомъ судопроизводствѣ долженъ имѣть примѣненіе вышесказанный принципъ[3a]). Примѣненіе этого принципа здѣсь является тѣмъ болѣе необходимымъ, что истецъ обращается за рѣшеніемъ спора къ судебной власти, а это значитъ, что правоотношеніе, на которое онъ претендуетъ, рѣшеніемъ суда, значитъ, въ случаѣ надобности, мѣрами принужденія можетъ быть реализовано между данными сторонами и ихъ преемниками и, какъ основанное на судебномъ рѣшеніи, должно быть уважаемо всѣми. Такимъ образомъ, въ гражданскомъ судопроизводствѣ дѣйствіе вышеизложеннаго принципа обнаруживается въ томъ, что данное лице, являясь иниціаторомъ[4]) въ измѣненіи существующаго между нимъ и другимъ лицомъ status quo гражданскихъ правоотношеній, первымъ обязанъ доказывать основательность своихъ претензій на измѣненіе существующаго status quo[4a]). Въ гражданскомъ процессѣ такимъ иниціаторомъ является истецъ, онъ и долженъ доказывать первымъ. Противная сторона, отвѣтчикъ, являясь представителемъ status quo, имѣетъ право ожидать отъ истца доказательствъ и пока не будутъ представлены истцомъ доказательства, отвѣтчикъ продолжаетъ быть въ глазахъ суда

[3a]) Bethmann-Hollweg, Versuche, стр. 337.

[4]) Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht. § 180, n. 3 и 4.

[4a]) Marcadé, Explication théorique et pratique du code civil, t. V, стр. 5 (1).

представителемъ спокойствія въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній и въ этомъ качествѣ остается свободнымъ отъ представленія доказательствъ въ свою пользу[5]). Только въ случаѣ представленія доказательствъ истцомъ status quo отвѣтчика можетъ быть поколеблено въ глазахъ суда, спорное правоотношеніе можетъ представляться долженствующимъ быть въ другомъ видѣ, нежели въ какомъ оно является по status quo. Потому, по представленіи доказательствъ истцомъ, положеніе отвѣтчика въ глазахъ суда можетъ измѣниться; это измѣненіе порождаетъ для него обязанность съ своей стороны[6]) представить доказательства, которыя должны быть направлены къ тому, чтобы показать несостоятельность положенія, созданнаго доказательствами истца[7]). Теоретическое начало, по которому истецъ, какъ *инициаторъ* въ производствѣ долженъ доказывать прежде отвѣтчика, который, какъ имѣющій за себя status quo, пока оно не разрушено доказательствами истца, необязанъ доказывать — это начало признано было и приводилось въ римскомъ правѣ. Такимъ образомъ въ римскомъ правѣ при судебномъ разсмотрѣніи и рѣшеніи спора между двумя данными тяжущися одинъ изъ нихъ трактуется какъ *petitor*, т. е.

---

[5]) Bonnier, Traité theorique et pratique des preuves, t. II, n. 44. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. VI, стр. 325, n. 14. Такое толкованіе ст. 366 уст. гражд судопр. дѣлаетъ и сенатъ во множествѣ рѣшеній. «По общему основному началу, говоритъ сенатъ, выраженному въ ст. 366 на истцѣ лежитъ *прежде всего* безусловная обязанность доказать свой искъ, затѣмъ обязанность отвѣтчика подтвердить свое возраженіе доводами возникаетъ *только тогда*, когда исковое требованіе основано на предуставленныхъ законами доводахъ» Думашевскій. Сводъ № 281. «Въ противномъ случаѣ судъ необязанъ требовать отъ отвѣтчика доказательствъ его возраженій противъ голословныхъ требованій истца и можетъ отвергнуть ихъ и безъ возраженій отвѣтчика». Гражд. касс. рѣш 1873 г. № 191.

[6]) Bethmann-Hollweg, l. c. стр. 321 n. 3. Гражд. касс. рѣш. 1871 г. № 1199.

[7]) Marcadé, l. c. t. V, стр. 3. Эта же мысль проводится въ гражд. касс. рѣшеніи 1875 г. № 186, стр. 486.

представляется лицемъ, просящимъ судебную власть измѣнить въ томъ или другомъ направленіи существующее status quo правоотношеній его къ другому лицу отвѣтчику. Положеніе отвѣтчика характеризуется словомъ *possessor*, т. е. онъ представляется лицемъ, владѣющимъ тѣмъ status quo въ своихъ отношеніяхъ къ истцу, объ измѣненіи котораго этотъ послѣдній проситъ судебную власть. Эта характеристика положенія истца и отвѣтчика служитъ въ римскомъ правѣ исходнымъ пунктомъ въ рѣшеніи вопроса, кто изъ нихъ первымъ долженъ доказывать, именно petitor несетъ onus probandi, отвѣтчикъ пользуется commodum possessoris[8]). Onus petitoris въ томъ и состоитъ, что онъ, petitor, первымъ долженъ доказывать свои исковыя требованія; commodum possessoris какъ разъ наоборотъ въ томъ состоитъ, что онъ, possessor, можетъ ограничиться однимъ отрицаніемъ требованій истца и не долженъ первымъ доказывать правомѣрность status quo его отношеній къ истцу, можетъ ожидать исполненія истцомъ его onus probandi[9]), и если такого исполненія не послѣдуетъ, то commodum possessoris состоитъ въ томъ, что и далѣе отъ него не требуются доказательства, опровергающія голословныя заявленія истца[10]),

---

[8]) L. 62 (5, 1) D. inter litigantes non aliter lis expediri potest quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur.

[9]) L. L. 2, 8 (4, 19) cod.

[10]) L. 23 (4, 19) cod. Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. Этотъ Lex, самъ по себѣ, и особенно въ связи съ вышеизложенными Lex'ами (n. 8 и 9) имѣетъ тотъ смыслъ, что отвѣтчику нѣтъ необходимости доказывать противное тому, что утверждаетъ истецъ. доказывать свое отрицаніе требованій истца. если истецъ не доказалъ ихъ Очевидно, что заявленія сторонъ разсматриваются здѣсь не сами по себѣ, но по отношенію къ спорному вопросу; въ этой связи они для одной стороны будутъ утвержденіемъ даннаго обстоятельства, для другой — отрицаніемъ того же обстоятельства. Въ этомъ именно смыслѣ объясняли приведенный Lex 23 и тождественный L. 2 (22, 3) D: Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. въ ученой литературѣ съ давняго вре-

и онъ остается possessor'омъ прежняго status quo отношеній къ истцу[11]). Спрашивается, какими признаками опредѣляется въ процессѣ то status quo, которое служитъ основаніемъ commodum possessoris и нападеніе на которое влечетъ onus probandi для petitor'a? Этотъ вопросъ въ такомъ общемъ видѣ былъ формулированъ и, по отношенію къ частнымъ случаямъ, рѣшенъ въ римскомъ правѣ. Такъ, въ искѣ о сервитутѣ вопросъ, кто изъ тяжущихся долженъ трактоваться какъ possessor и слѣд., пользоваться commodum, рѣшается соотвѣтственно тому, есть-ли на лицо какіе нибудь факты, въ коихъ можно было бы видѣть проявленіе владѣнія сервитутнымъ правомъ, и если есть (si quidem tigna immissa sunt), то possessor'омъ будетъ трактоваться то лицо, которое заявляетъ, что ему принадлежитъ сервитутъ, если же нѣтъ такихъ фактовъ, то possessor'омъ будетъ то лице, которое отрицаетъ сервитутъ[12]). Итакъ подъ именемъ status quo, которое создаетъ commodum possessoris, нужно понимать то *фактическое состояніе*, въ какомъ находится одна тяжущаяся сторона въ спорномъ правоотношеніи и которое другая тяжущаяся сто-

---

мени. См. Weber, l. c. VI, § 12, Glück, Erläuterung, B. XXI, стр. 245 Unger, System, § 129 n. 17a, особенно Bethmann-Hollweg, l. c стр. 321, 352 и 366. Изъ французскихъ писателей Bonnier, l. c. n. 43. Dalloz, Preuve n. 26. Между тѣмъ два указанныхъ мѣста изъ римск. права послужили поводомъ къ одному изъ вышеупомянутыхъ (n. 3) направленій.

[11]) L. 2 (4, 19) cod.

[12]) L. 8, § 3 (8, 5) D. Такое значеніе факту владѣнія придаетъ Seuffert, Kommentar, kap. IX, § 14, V. ссылаясь на l. 25 de verb. signif. Противнаго мнѣнія Seitz, Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Konfessorienklage. 1873. стр. 132. Въ смыслѣ нашего текста есть рѣшенія нѣмецкихъ судовъ. Seuffert, Archiv B. I, n. 17 и 18 также n. 409; въ послѣднемъ рѣшеніи обязанность доказывать возлагается на сервитутнаго владѣльца только въ случаѣ, wenn er auch darin durch rechtskräftiges Urtheil geschütz worden ist. Въ томъ же смыслѣ Aubry et Rau, l. c. § 749 n. 14, но, неуказывая основаній, онъ отрицаетъ значеніе фактическаго владѣнія въ action negatoire. Тамъ же n. 22. Особенно см. Bonnier, l. c. n. 47 приведенное мѣсто изъ Dunod. Сравн. Dalloz n. 52.

рона хочетъ измѣнить. Тоже значеніе имѣетъ фактическая сторона спорнаго правоотношенія въ искахъ о правахъ личныхъ[13]). Въ искахъ о правахъ состоянія (данный тяжущійся—вольноотпущенный или свободный по рожденію?) въ вопросѣ, кто первымъ долженъ доказывать, исходной точкой было фактическое положеніе этого тяжущаго; если онъ находился въ положеніи вольноотпущеннаго, то онъ долженъ доказывать, что онъ свободный по рожденію; если же онъ находился въ положеніи свободнаго по рожденію, а противникъ утверждалъ, что онъ вольноотпущенный, то противникъ долженъ доказывать то, что утверждаетъ[14]). Но нерѣдко интересъ производства по данному дѣлу заключается не въ томъ, чтобы измѣнить фактическое положеніе даннаго отношенія, фактически оно можетъ оставаться тѣмъ же, безъ измѣненій; интересъ заключается въ подведеніи даннаго фактическаго отношенія подъ ту, а не другую юридическую норму[14a]). Въ этомъ случаѣ не представляется особенностей, если инициаторомъ является лицо, на сторонѣ котораго не находится фактическое status quo. Но если я, тяжущійся, фактически владѣя имуществомъ, имѣю интересъ въ томъ, чтобы судомъ была признана та, а не другая юридическая природа моего фактическаго отношенія, то, очевидно, я являюсь инициаторомъ въ опредѣленіи юридической стороны моего фактическаго отношенія и потому долженъ доказывать. Наконецъ, мы должны отмѣтить случай коллизіи фактическаго положенія обѣихъ тяжущихся сторонъ, именно случай, когда фактическое положеніе одного тяжущагося таково, что по отношенію къ противнику, имѣющему также фактическое положеніе, создаетъ commodum, а главное факти-

---

[13]) Glossa ad L. 14 (22, 3) D. Ei incumbit onus probandi, qui non est in quasi possessione illius juris, quod asserit: quod est verum in juribus circa personam secus in juribus realibus. Bartolus.

[14]) L. 14 (22, 3) D.

[14a]) L. 18 (4, 19) cod. L. 5 (22, 3) D.

ческое положеніе этого тяжущагося можетъ быть таково, что считается признакомъ извѣстнаго юридическаго отношенія, которое въ своемъ фактическомъ примѣненіи должно исключать и юридическое и фактическое status quo противника.[15]) Въ этомъ случаѣ status quo тяжущагося даетъ ему преимущественное commodum надъ status quo и commodum его противника. Но высказывая какъ общее теоретическое положеніе, что status quo даетъ тому лицу, которое является его представителемъ, commodum при распредѣленіи обязанности доказывать, мы должны указать исключеніе изъ этого общаго правила, когда status quo не даетъ сказаннаго commodum, а именно когда status quo основано на насиліи или обманѣ, вообще на преступленіи[16]). Исключеніе въ этомъ случаѣ основывается на томъ, что было бы въ высшей степени несправедливо, чтобы преступленіе создавало для виновнаго выгодное положеніе въ процессѣ, а потерпѣвшаго лишало безвинно такого положенія. Между тѣмъ въ данномъ случаѣ какъ разъ такъ бы и выходило, если бы безусловно бралось во вниманіе фактическое владѣніе; оно въ моментъ предъявленія иска на сторонѣ виновнаго и слѣд., на его сторонѣ и commodum. Въ устраненіи таковой очевидной несправедливости и нужно

[15]) L. 16 (4,19) cod. У наслѣдодателя остались двѣ категоріи наслѣдниковъ; одни, владѣя частью наслѣдственнаго имущества трактуютъ себя отдѣленными, а имущество владѣемое считаютъ, что оно подарено имъ. Другіе наслѣдники, принявъ наслѣдство, положимъ, вступивъ во владѣніе другими частями наслѣдства, въ силу своего наслѣдственнаго права, являются наслѣдниками всего имущества наслѣдодателя на ряду со всѣми сонаслѣдниками Такъ, обр. можетъ имѣть мѣсто коллизія фактическаго владѣнія перваго рода наслѣдниковъ съ наслѣдниками втораго рода. Но положеніе наслѣдниковъ послѣдняго рода таково, что оно служитъ проявленіемъ ихъ наслѣдственнаго права, въ силу котораго все имущество оставшееся послѣ наслѣдодателя, должно подлежать наслѣдованію, слѣд. и та часть имущества, которую перваго рода наслѣдники трактуютъ какъ подаренную имъ Итакъ въ данномъ случаѣ наслѣдники втораго рода имѣютъ преимущественное statu quo которое и даетъ имъ преимущественное commodum при доказываніи.

[16]) L. 20 (22, 3) D.

допустить исключеніе изъ того теоретическаго положенія, по которому status quo должно давать представителю его commodum. Само собою разумѣется, чтобы въ глазахъ суда status quo тяжущагося считалось опороченнымъ, для этого противникъ долженъ доказать фактъ опорочивающій status quo. Возможность и практическая примѣнимость вышеизложеннаго исключенія, какъ нельзя лучше, оправдывается тѣмъ, что во всѣхъ европейскихъ законодательствахъ признается особый родъ исковъ и производства о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, въ коихъ достаточно указать происшедшее нарушеніе, и фактическое владѣніе потерпѣвшаго возстановляется. Съ другой стороны нерѣдко для тяжущагося весь интересъ иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія его заключается въ томъ, чтобы, возстановивъ владѣніе, пользоваться commodum possessoris при доказываніи въ начатомъ затѣмъ противъ него искѣ о правѣ собственности или о правѣ владѣнія на тоже имущество[17]).

Изъ всего вышеизложеннаго (I) слѣдуетъ:

1) Что onus probandi должно быть возлагаемо прежде всего на того изъ тяжущихся, кто является инициаторомъ въ судебномъ спорѣ; слѣд., прежде всего на истца, а затѣмъ когда его доказательствами будутъ представлены данныя, могущія разрушить status quo отвѣтчика, то обязанность доказывать начинается тогда для отвѣтчика; когда онъ своими доказательствами представитъ данныя, могущія разрушить заявленія истца, наступаетъ очередь опять истца, а затѣмъ вторично отвѣтчика.

2) Такое первенство и послѣдовательное чередованіе тяжущихся въ исполненіи ими обязанности доказывать основывается на томъ общемъ началѣ, что status quo правоотношенія, сдѣлавшагося спорнымъ, даетъ тяжущемуся, на сторонѣ котораго оно находится, commodum possessoris. Это status quo заключается, главнымъ образомъ, въ фактической сторонѣ

[17]) Dalloz, Preuve, n. 21.

правоотношенія; при коллизіи фактическаго status quo одного тяжущагося съ таковымъ же его противника, преимущество отдается тому status quo, которое считается проявленіемъ правоотношенія, исключающаго юридическую сторону status quo противника.

3) Изъ общаго начала, по которому status quo даетъ commodum при доказываніи, нужно исключить случаи, когда status quo создается преступленіемъ. Такое status quo не даетъ сказаннаго commodum.

II.

Соотвѣтственно вышеизложенному началу, по которому истецъ *первымъ* долженъ доказать свой искъ, мы, въ вопросѣ, *что* должно быть доказано тяжущимся, дабы эта его обязанность считалась исполненной, — должны остановиться на понятіи *иска* съ точки зрѣнія обязанности истца доказать его. Прежде всего нужно замѣтить, что подъ искомъ здѣсь слѣдуетъ разумѣть тѣ исковыя требованія, доказательства которыхъ должны быть представлены въ первомъ состязательномъ дѣйствіи — исковомъ прошеніи; искъ въ этомъ его процессуальномъ моментѣ нужно отличать отъ иска, подлежащаго доказыванію въ слѣдующихъ, затѣмъ, состязательныхъ моментахъ противъ доказываній отвѣтчика. Итакъ, что должно быть доказано истцемъ по отношенію къ иску въ первомъ состязательномъ моментѣ, дабы обязанность истца доказывать могла считаться судомъ исполненной по отношенію къ этому моменту?

Въ теоріи на этотъ вопросъ мы находимъ слѣдующій отвѣтъ: «Истецъ долженъ доказывать тѣ юридическіе факты, которые представляютъ собою специфическія (непосредственныя, особенныя) основанія возникновенія предъявляемаго права,

существенные (constitutiven) элементы возникновенія права (факты, порождающіе право, rechtserzeugende); они могутъ быть положительными и отрицательными фактами. На вопросъ, какіе факты нужно считать специфически порождающими право, нельзя отвѣтить какимъ либо общимъ правиломъ; отвѣтъ можетъ быть каждый разъ особенный, соотвѣтственно особой природѣ даннаго отыскиваемаго права[18]).» Отсюда дѣлаютъ заключеніе, что удовлетворительный отвѣтъ можетъ быть полученъ только путемъ «микроскопическихъ» изслѣдованій каждаго отдѣльнаго правоотношенія въ сферѣ матеріальнаго гражданск. права[19]), съ помощью тѣхъ указаній, какія заключаются въ гражданскихъ законахъ. Такимъ образомъ вопросъ сводится на почву матеріальнаго права, и процессуалисты, въ ученіи о томъ, что̀ должно быть доказано истцемъ въ исполненіе обязанности доказыванія, ограничиваются общимъ замѣчаніемъ, что факты, порождающіе право относятся къ историческимъ основаніямъ иска, а за подробностями отсылаютъ къ матеріальному праву[20]). Мнѣ кажется, что съ процессуальной точки зрѣнія можно сдѣлать нижеслѣдующія указанія, которыя могутъ содѣйствовать суду оріентироваться въ массѣ практическихъ случаевъ, возбуждающихъ вопросъ, что̀ истецъ долженъ доказывать въ своемъ искѣ,—именно важно различать имѣется ли въ виду искомъ 1) *возстановить* и *реализировать* какое либо правоотношеніе съ противникомъ, которое, въ моментъ предъявленія иска, представляется нарушеннымъ и слѣд. не въ томъ видѣ, въ какомъ ему слѣдовало бы быть, или 2) имѣется въ виду *уничтожить* существующее правоотношеніе, или наконецъ 3) получить *вознагражденіе* за вредъ и убытки, причиненные со стороны противной. Въ каждомъ данномъ случаѣ

---

[18]) Unger, System, § 129, стр. 434. Также Bethmann-Hollweg, Versuche, стр. 352, 368 и 369.

[19]) Unger, тамъ же п. 22.

[20]) Напр. Wetzell, System, § 16.

нужно прежде всего опредѣлить, къ какой изъ трехъ категорій относится данный искъ.

1) Не представляется особыхъ затрудненій въ опредѣленіи исковъ первой категоріи, т. е. когда искъ направленъ на возстановленіе и реализацію правоотношенія, напр. когда отыскивается обязательственное право, наслѣдственное право и т. д. Итакъ, что въ этихъ искахъ истецъ долженъ доказать и чего ему нѣтъ надобности доказывать? Задача судебнаго производства въ этихъ дѣлахъ состоитъ въ томъ, чтобы данное отыскиваемое право получило реальную силу; здѣсь это право представляется истцомъ какъ существующее, но только встрѣчающее съ противной стороны препятствіе къ своей реализаціи; такимъ образомъ въ этихъ искахъ рѣчь идетъ о явленіи изъ области правоваго порядка, въ томъ его нормальномъ видѣ, при какомъ обыкновенно возникаютъ правоотношенія; дѣло только въ томъ, чтобы судебнымъ рѣшеніемъ сдѣлать это право обязательнымъ для противника и устранить препятствіе съ его стороны къ реализаціи. Разсматриваемыя нами частно-гражданскія права, какъ явленія изъ области правоваго порядка въ государствѣ, немыслимы съ точки зрѣнія государственной власти иначе, какъ только при условіи право- и дѣеспособности субъектовъ права, свободы и сознательности ихъ воли и, наконецъ, commercium'а, гражданской оборотности вещи[20a]). Въ силу этого начала, при укрѣпленіи гражд. правъ, т. е. когда данное право при возникновеніи своемъ оформливается при участіи спеціальныхъ органовъ, то эти органы должны совершать укрѣпленіе только при наличности въ данномъ случаѣ вышесказанныхъ основныхъ условій. И такъ если о данномъ правѣ истецъ предъявляетъ искъ, то въ этотъ моментъ спора, т. е. при предъявленіи искового прошенія, въ глазахъ суда основныя условія считаются существующими, слѣд., истцу нѣтъ надобности доказывать ихъ.

[20a]) Терминъ, вводимый проф. Питовичемъ, Теорія гражданскаго права. Т. I, стр. 102.

Съ другой стороны, если же, какъ извѣстно, заинтересованныя лица не всегда укрѣпляютъ правоотношеніе посредствомъ офиціальныхъ органовъ, тѣмъ не менѣе отношеніе суда таково же, какъ и въ первомъ случаѣ, а это потому, что вообще, какъ мы выше сказали, государственная власть, слѣд., и судебные органы ея не могутъ иначе мыслить правовой порядокъ какъ только съ вышеуказанными основными общими условіями; государственная политика требуетъ, чтобы государственная власть, на первыхъ порахъ пока не обнаружится противное, трактовала частно гражданскія правоотношенія членовъ общества между собою, какъ отношенія непротивныя основнымъ началамъ и требованіямъ правоваго порядка, а не какъ отношенія людей, дѣйствующихъ вопреки этимъ требованіямъ. Только такая политика согласна съ достоинствомъ государственной власти и съ уваженіемъ достоинства личности гражданъ. Тѣмъ болѣе, что сами граждане, вступая между собою въ то или другое правоотношеніе, близко заинтересованы въ томъ, чтобы наблюдать за наличностью основныхъ требованій правоотношенія; независимо отъ того имъ всегда открыта возможность доказывать на судѣ, что эти требованія были нарушены въ данномъ случаѣ, а между тѣмъ, если бы отъ истца, при предъявленіи имъ иска, требовать доказательства, что вышесказанныя условія были соблюдены, — это, въ большинствѣ случаевъ, равнялось бы отказу истцу въ правосудіи. Итакъ, въ силу всѣхъ вышеизложенныхъ соображеній[21]) въ кругъ обязанности истца по доказыванію не входитъ доказываніе, что субъекты спорнаго правоотношенія были право- и дѣеспособны[22]), что они дѣйствовали сознательно и свободно, что объектъ правоотношенія подлежитъ гражданскому обороту[23]).

---

[21]) Сравн. Unger, l. c. § 123. n. 11, n. 23 — 25.

[22]) Bethmann-Hollweg, Versuche, стр. 353.

[23]) Въ тѣхъ случаяхъ когда субъектомъ отыскиваемаго права было лицо неправо или недѣе особное по общему правилу, то истецъ долженъ доказать, что въ данномъ случаѣ были исключительныя основанія, по кото-

Въ частности, воля субъектовъ права, создающая правоотношеніе, должна быть свободна; свобода воли въ правоотношеніи есть нормальное явленіе, составляющее общее правило и потому отъ истца нельзя требовать доказательствъ, которыя констатировали бы спеціально свободу воли, отъ него нельзя требовать доказательствъ, что не было фактовъ исключающихъ свободу воли. Къ такимъ фактамъ нашъ законъ относитъ принужденіе и обманъ[24]). Принужденіе[25]) и обманъ[26]), какъ исключительныя обстоятельства, долженъ доказывать тотъ, въ чьихъ интересахъ уничтожить правоотношеніе, т. е. въ разсматриваемой нами категоріи исковъ — отвѣтчикъ[27]). Далѣе, воля, создающая правоотношеніе, можетъ, по содержанію своему, быть *условной*, напр. можетъ быть заключенъ договоръ купли — продажи съ разсрочкой платежей или съ доставкой проданнаго товара по частямъ, товара in specie и т. д. Теорія различаетъ суспенсивныя и резолютивныя условія; первыя бываютъ тогда, когда, по волѣ субъектовъ правоотношенія, оно должно наступить только съ наступленіемъ такого-то обстоятельства[28]). Въ вопросѣ, кто и что̀ долженъ доказывать, когда предметомъ спора будетъ правоотношеніе, имѣющее въ основѣ своей условную волю, важно прежде всего установить тотъ фактъ, что воля, создающая въ данное время правоотно-

---

рымъ это лицо должно считаться на равнѣ съ право- и дѣеспособными. Тоже самое нужно сказать, когда объектъ правоотношенія такой, что по общему правилу не подлежитъ гражданскому обороту, но въ данномъ случаѣ, по исключительнымъ основаніямъ, могъ быть подлежащимъ обороту. Эти исключительныя основанія должны быть доказываемы истцемъ.

[24]) ст. 701, т. X, ч. I.

[25]) Reinhold, Zeitschrift für Civilrecht u. Process. B. XIII, стр. 167.

[26]) L. 18, § 1 (22, 3) D. Römer, Die Beweislast hinsichtlich der Irrthum. стр. 45, 67.

[27]) «Свобода произвола и согласія при заключеніи договора можетъ быть признана нарушенною *только тогда, когда доказаны принужденіе или подлогъ*. Гражд. касс. рѣш. 1868 г. № 479.

[28]) Reinhold, l. c. стр. 171.

шеніе, съ такими-то условіями; въ данный моментъ воля по содержанію своему можетъ быть только такая *или* иная.[29]) Условность воли нельзя, слѣд. разсматривать такъ, что условіе есть будто прибавка, оно не есть plus и не есть minus; правоотношеніе, имѣющее условіе есть совершенно другое, чѣмъ правоотношеніе безъ условій. Такимъ образомъ, если истецъ заявляетъ свои притязанія на данное правоотношеніе, въ силу котораго для отвѣтчика возникаетъ такая-то обязанность, а отвѣтчикъ возражаетъ, что возникновеніе правоотношенія обусловлено наступленіемъ такого-то обстоятельства, которое еще не наступило — это значитъ все равно, какъ еслибы отвѣтчикъ сказалъ: правоотношеніе (еще) не возникло, и (еще) не обязанъ этого дѣлать. Въ такомъ случаѣ истецъ долженъ доказать только одно, именно, что была такая-то воля, создающая такое-то правоотношеніе[30]) напр. въ обоюдныхъ дого-

---

[29]) Windscheid, Pandecten. § 86, n. 4.

[30]) Въ виду вышеизложеннаго мы считаемъ неправильнымъ распредѣленіе этой обязанности встрѣчаемое въ кассаціонной практикѣ (Гражд. кас. рѣш. 1873 № 16). Былъ сдѣланъ заемъ срокомъ на годъ, съ залогомъ акцій на условіяхъ, что залогопринимательможетъ продать акціи если 1) въ срокъ не послѣдуетъ платежа и 2) если до истеченія срока займа цѣна акцій упадетъ ниже 65 рублей за акцію и если залогодатель непредставитъ дополнительнаго обезпеченія. Чрезъ годъ въ назначенный срокъ залогодатель представилъ уплату, но залогопринимателя не оказалось; предъявляется залогодателемъ искъ о возвратѣ акцій или стоимости ихъ во время предъявленія иска. Что долженъ доказать истецъ? Въ данномъ случаѣ специфическое основаніе искового права, при наличности письменнаго договора, заключалось въ томъ что залогодатель представилъ въ срокъ уплату: исполненіе этой обязанности вполнѣ достаточно для порожденія права требовать обратно залогъ, или по крайней мѣрѣ стоимость залога, которую истецъ опредѣлилъ по биржевой цѣнѣ во время предъявленія иска. Но судебная палата и кассаціонный сенатъ, считая залогопринимателя въ правѣ, при условіяхъ указанныхъ въ договорѣ, продать акціи, пришли къ заключенію, что истецъ долженъ доказать, что этихъ условій не было въ наличности и что слѣд., залогопринимательотвѣтчикъ не имѣлъ права продавать залога. Но означенными условіями очевидно, не опредѣляется право залогодателя требовать обратно залогъ; этими условіями опредѣляется только — право залогопринимателя продать залогъ, значитъ существованіе этого права залогопринимателя зависѣло отъ того, были ли въ наличности сказанныя условія слѣд. о правѣ этомъ и рѣчи не мо-

ворахъ, что договоръ былъ заключенъ, и вовсе не долженъ доказывать безусловность[31]), отсутствіе условій[32]). Если истецъ докажетъ юридическую волю въ такомъ видѣ, то, понятно, что судъ можетъ убѣдиться въ существованіи условной воли въ данномъ случаѣ не иначе, какъ если отвѣтчикъ опровергнетъ заявленіе истца и докажетъ условность[32a]). Тѣмъ болѣе на отвѣтчика должна быть возлагаема обязанность доказывать условность, если договоръ объ условіи былъ заключенъ *послѣ* возникновенія первоначальнаго правоотношенія, къ которому это условіе относится. Тоже нужно сказать и о доказываніи *резолютивныхъ* условій, т. е. такихъ обстоятельствъ, съ наступленіемъ которыхъ уничтожается существующее обязательство отвѣтчика; въ этомъ случаѣ сущность вопроса сводится къ слѣдующему: истецъ заявляетъ притязаніе на данное правоотношеніе, отвѣтчикъ возражаетъ, что имѣло мѣсто такое обстоятельство, которое должно было уничтожить его обязательство, слѣд., въ результатѣ, возраженіе отвѣтчика сводится къ тому же, что и при заявленіи его о суспенсивныхъ условіяхъ, и тамъ, какъ мы видѣли, отвѣтчикъ заявляетъ, что въ данный моментъ его обязательства нѣтъ. Такимъ образомъ истецъ долженъ доказать существованіе правоотношенія въ

жетъ быть до тѣхъ поръ, пока не будетъ на лицо условій, между тѣмъ доказываніе ихъ не было вмѣнено въ обязанность залогопринимателю. Итакъ, неизвѣстно было, возникло его право продажи или нѣтъ, а между тѣмъ отъ истца требовали, чтобы онъ опровергалъ то, существованіе чего въ глазахъ суда не было юридически извѣстнымъ.

[31]) Unger, l. c. стр. 573.

[32]) Если же воля создающая правоотношеніе была условна напр. въ томъ смыслѣ, что право истца обусловливалось наступленіемъ такого-то событія, и это признаетъ самъ истецъ или это означено въ документѣ, то наличность обусловливающаго событія необходима для возникновенія самаго искового права, потому на истцѣ необходимо лежитъ обязанность доказать это событіе, причемъ безразлично будетъ-ли это событіе положительное или отрицательное.

[32a]) Изъ новѣйшихъ процессуалистовъ по вопросу о доказываніи условной воли въ смыслѣ нашего текста см. Sibenhaar, Kommentar zur deutschen Civilprocessordnung. 1877. стр. 291, 295.

томъ видѣ, въ какомъ оно является безъ прибавки резолютивнаго условія, и не долженъ доказывать, что резолютивнаго условія не было[33]); въ данной комбинаціи на отвѣтчика должна быть возложена обязанность доказывать существованіе резолютивнаго условія[34]). Если истецъ доказалъ, что была воля, создающая такое то правоотношеніе, то тѣмъ самымъ онъ сдѣлалъ его *юридически извѣстнымъ* въ глазахъ суда и существующимъ, и на истца нѣтъ основанія возлагать обязанность доказывать, что разъ возникшее правоотношеніе продолжаетъ существовать[34a]); заключеніе о существованіи права остается въ силѣ, пока не будетъ устранено другимъ заключеніемъ, которое можетъ имѣть мѣсто только, если отвѣтчикъ представитъ и докажетъ данныя, дающія основанія такому другому заключенію. Излагая общія замѣчанія о распредѣленіи обязанности доказыванія мы должны сказать нѣсколько словъ объ особенностяхъ, какія въ этомъ вопросѣ представляются при спорахъ изъ «обоюдныхъ» договоровъ. Прежде всего въ нашей категоріи исковъ, т. е. направленныхъ на возстановленіе и реализацію правоотношенія, нужно различать, въ какомъ моментѣ находится правоотношеніе: въ моментѣ ли, когда только заключенъ договоръ и не послѣдовало еще исполненія его ни съ той, ни съ другой стороны, или въ моментѣ, когда истецъ исполнилъ

---

[33]) Unger, l. c. стр. 575 у него же см. богатое указаніе на литературу вопроса.

[34]) Unger, стр 460, 565, 568. Это общепризнанное мнѣніе.

[34a]) Bethmann-Hollweg (Versuche, стр. 346, 347) въ подтвержденіе этого положенія говоритъ: «Die Fordauer des Rechts ist im allgemeeinen durch aussere Thatsachen nicht bedingt, auch nicht durch seine Ausübung, sondern ist eine naturliche aber unsichtbare Folge seiner einmaligen Entstehung, kann also in der That gar nicht beweisen werden. Zwar ist auch der Verlust oder Untergang der Rechte an bestimmte aussere Thatsachen geknüpft, und durch den Beweis, dass die Thatsachen nicht vorgekommen könnte denn noch die Fordauer des Rechts dargethan werden. Allein eins olcher Beweis dass keiner der Umstände eingetretten, welche den Untergang das Rechts bewirken können, ist absolut unmöglich. Laurent, Principes T. XIX n. 92 считаетъ этотъ принципъ однимъ изъ элементарныхъ.

обязательство съ своей стороны. Въ первомъ случаѣ истецъ долженъ доказать только заключеніе договора. Конечно, справедливость требуетъ, чтобы отвѣтчикъ имѣлъ право не исполнять договора до тѣхъ поръ, пока истецъ начнетъ исполнять договоръ съ своей стороны; было бы несправедливо принуждать одного къ исполненію, когда другой воздерживается отъ исполненія. Но требованіе справедливости можетъ быть удовлетворено здѣсь тѣмъ, что отвѣтчикъ можетъ противупоставить свое право по тому же договору и требовать отъ истца исполненія. Такимъ образомъ здѣсь исковое право рождается изъ наличности договора, а не изъ исполненія договора истцемъ; потому истецъ долженъ доказать только существованіе договора и не долженъ доказывать исполненіе его съ своей стороны[35]). Существованіе обоюднаго договора доказывается констатированіемъ послѣдовавшаго между контрагентами соглашенія (willenseinigung); важно доказать что было соглашеніе, но затѣмъ подробности—одни должны быть доказываемы истцемъ, другія же могутъ быть только указаны. Въ этомъ отношеніи важно имѣть въ виду слѣдующее: обоюдные договоры представляютъ для одного и для другаго изъ контрагентовъ и право и обязанность; истецъ долженъ доказать только наличность своего права и не долженъ непремѣнно доказывать другую половину договора, иначе значило бы отъ него требовать доказательствъ его обязанности или доказательствъ права противника. Положимъ я представляю искъ къ хозяину дома изъ договора найма недвижимаго имущества; письменнаго договора небыло; что я долженъ доказывать? Я долженъ доказать, что хозяинъ договорился со мною предоставить въ мое пользованіе домъ и долженъ указать только наемную плату. Въ случаѣ спора о размѣрѣ платы, словомъ въ случаѣ спора о правѣ хозяина изъ договора найма, онъ, хозяинъ, долженъ доказывать это свое право. Дру-

[35]) Puchta, Pandecten § 232 e. Особенно Heerwart. въ Archiv, für die Civil. Praxis. B. VII, стр. 336 и слѣд. B. XIV, стр. 296, B. XVIII, 387.

гое дѣло, когда договоръ, изъ котораго возникъ искъ, исполненъ истцемъ; въ этомъ случаѣ истецъ можетъ ограничиться доказательствомъ этого исполненія и простымъ указаніемъ на соотвѣтствующую обязанность противника. Въ этомъ смыслѣ и кассаціонный сенатъ[36]) распредѣляетъ обязанность доказывать; былъ заключенъ договоръ купли—продажи съ доставкой; товаръ доставленъ; плата не получена. Продавецъ предъявилъ искъ; палата возложила на него обязанность доказать не только доставку товара, но и неуплату. Сенатъ кассировалъ рѣшеніе палаты. «На каждой изъ сторонъ, заключившихъ сдѣлку, говоритъ онъ, лежала обязанность подтвердить исполненіе ея обязательствъ, возникшихъ для нея изъ означенной сдѣлки». Въ другомъ рѣшеніи[37]) сенатъ высказываетъ тоже начало: «коль скоро истецъ доказалъ отпускъ товара отвѣтчику, на отвѣтчикѣ лежала обязанность подкрѣпить доказательствами возраженіе свое объ уплатѣ слѣдовавшихъ за товаръ денегъ. Безъ этого же отвѣтчикъ не можетъ быть признанъ исполнившимъ обязанность, возлагаемую на него 366 ст.»[38]). Въ искахъ изъ обоюдныхъ договоровъ нерѣдко возникаетъ споръ о томъ, исполненъ-ли договоръ *надлежащимъ* образомъ. Положимъ, въ вышеприведенномъ примѣрѣ отвѣтчикъ будетъ возражать, что договоръ ненадлежаще исполненъ истцомъ, что товаръ плохой представленъ; истецъ-ли долженъ доказывать надлежащее исполненіе, или отвѣтчикъ — ненадлежащее? Коль скоро въ силу договора послѣдовалъ фактъ исполненія, и это доказано, то это дѣлаетъ положеніе истца въ глазахъ суда таковымъ, что онъ долженъ пользоваться commodum possessoris, и потому пороки исполненія долженъ доказывать отвѣтчикъ[39]).

---

[36]) Рѣш. гражд. касс. департ. 1873 г. № 502.

[37]) Рѣш. гражд. касс. департ. 1873 г. № 1284.

[38]) Изъ вышеизложеннаго само собою слѣдуетъ то общее правило, что въ гражданскихъ искахъ истецъ не долженъ доказывать неисполненіе договора отвѣтчикомъ. Unger, l. c. § 129 n. 30.

[39]) Weber, l. c. VI, § 27. См. также Рѣш. гражд. касс. департ. 1875 г. № 70.

Остановившись на искахъ первой категоріи, мы старались въ общихъ чертахъ указать, что въ этихъ искахъ не входитъ въ кругъ обязанности истца по доказыванію; затѣмъ, такъ какъ юридическая воля въ отыскиваемыхъ правоотношеніяхъ является существеннымъ факторомъ, порождающимъ правоотношеніе, то мы въ общихъ чертахъ старались указать главнѣйшіе моменты, такъ или иначе вліяющіе на творческую силу воли въ установленіи правоотношенія, (принужденіе, обманъ, условность), указывая, что въ томъ или другомъ случаѣ долженъ доказывать истецъ и чего онъ необязанъ доказывать. Наконецъ, указали на особенности распредѣленія обязанности доказыванія въ искахъ изъ обоюдныхъ договоровъ, особенно въ случаѣ начавшейся реализаціи обязательства истцемъ и въ случаѣ спора о ненадлежащемъ исполненіи. Сводя все вышеизложенное (1) въ одно начало, мы должны сказать, что, для опредѣленія обязанности доказыванія въ искахъ о реализаціи или возстановленіи правоотношенія, нужно прежде всего различать въ спорномъ правоотношеніи обстоятельва, положительно дѣйствующія на правоотношеніе и обстоятельства отрицательно дѣйствующія. Наличность первыхъ достаточна для констатированія существованія правоотношенія въ глазахъ суда. Это общее правило. Затѣмъ обстоятельства, отрицательно дѣйствующія на правоотношеніе, должны быть разсматриваемы какъ исключеніе; истецъ обязанъ доказывать перваго рода обстоятельства, составляющія общее правило въ понятіи даннаго правоотношенія и не долженъ доказывать, что не было обстоятельствъ, составляющихъ исключеніе; доказывать наличность послѣднихъ долженъ отвѣтчикъ. Опредѣленіе того, какія обстоятельства суть положительно дѣйствующія и составляютъ общее правило, и какія суть отрицательно дѣйствующія, исключенія—опредѣленіе это нужно дѣлать на основаніи понятія о данномъ правоотношеніи [39a]).

[39a]) Bethmann-Hollweg, Versuche стр. 351. 352, 365, сравн. Unger, System, § 123, n. 25.

Послѣ вышеизложенныхъ общихъ замѣчаній, я сдѣлаю краткій очеркъ отдѣльныхъ правоотношеній, (по X т. ч. 1), могущихъ быть предметомъ иска; здѣсь я имѣю въ виду, главнымъ образомъ, собрать тѣ указанія, которыя заключаются въ «законахъ гражданскихъ» относительно распредѣленія[40]) обязанности доказыванія въ искахъ первой категоріи.

Права и обязанности семейныя. Когда предметомъ, подлежащимъ доказыванію, служитъ брачный союзъ, то тяжущійся, интересъ котораго требуетъ констатированія этого союза, долженъ доказать только *событіе брака* данныхъ лицъ. Законъ, говоря о доказательныхъ средствахъ въ этихъ дѣлахъ, прямо указываетъ, что они должны быть представлены въ подтвержденіе событія брака[41]); изъ содержанія же статей можно заключить, что событіе брака можетъ считаться доказаннымъ, если будетъ доказанъ фактъ вѣнчанія. Итакъ, коль скоро будетъ доказанъ фактъ вѣнчанія, истецъ долженъ считаться исполнившимъ свою обязанность доказыванія. На него нельзя возлагать обязанности доказывать, что въ данномъ случаѣ были соблюдены всѣ условія, отъ которыхъ, по закону, зависитъ дѣйствительность брака, недостатокъ въ данномъ бракѣ этихъ условій долженъ доказывать отвѣтчикъ, возражающій противъ дѣйствительности брака[42]).

Законность рожденія. Въ искахъ объ этомъ пра-

---

[40]) Здѣсь мы должны замѣтить, что постановленія закона, требующія для нѣкоторыхъ правоотношеній письменнаго укрѣпленія, дѣлаютъ излишними особыя постановленія о распредѣленіи обязанности доказыванія въ искѣ объ этихъ правоотношеніяхъ; представленный истцемъ документъ, въ большинствѣ случаевъ, представляетъ достаточныя основанія, чтобы судъ могъ считать истца исполнившимъ свою обязанность доказыванія въ первый моментъ состязательныхъ дѣйствій сторонъ Такимъ образомъ въ этихъ случаяхъ вопросъ, исполнилъ-ли истецъ свою обязанность доказыванія, сводится къ вопросу, представилъ-ли онъ документъ.

[41]) Ст. 35, 36 т. X ч. 1.

[42]) Условія недѣйствительности брака, исчисленныя въ 37 ст. суть факты имѣющія отрицательное значеніе въ юридическомъ понятіи брака. Истецъ долженъ доказывать ихъ въ томъ случаѣ, еслибы его искъ былъ направленъ на признаніе брака недѣйствительнымъ. Объ искахъ этой (2) категоріи ниже.

вѣ истецъ долженъ доказать по ст. 120 «во первыхъ дѣйствительность и законность брака, отъ коего рожденъ доказывающій, во вторыхъ самое рожденіе отъ сего брака». По закону (сравн. ст. 37) дѣйствительность и законность суть понятія тождественныя; бракъ дѣйствительный — бракъ законный. Въ нашемъ вопросѣ (ст. 120) истецъ долженъ доказать дѣйствительность брака — это значитъ (ст. 37) долженъ доказать событіе совершенія брака. Второе обстоятельство, которое долженъ доказать истецъ есть рожденіе отъ сего брака, т. е. опять только фактъ рожденія и не долженъ доказывать, что отецъ не отрицалъ законности рожденія или что между днемъ рожденія и днемъ смерти отца или днемъ развода прошло не болѣе 306 дней[43]). Возбужденіе вопроса объ условіяхъ законности рожденія законъ обставляетъ особыми требованіями[44]). Отсюда прямой выводъ, что коль скоро доказанъ фактъ совершенія брака между родителями и фактъ рожденія въ этомъ бракѣ, истецъ долженъ считаться исполнившимъ свою обязанность доказыванія; законность рожденія будетъ юридически извѣстной въ глазахъ суда. Наконецъ изъ статей X т. говорящихъ, какія должны и могутъ быть доказательства законности рожденія, видно что доказательства нужны только для констатированія факта рожденія отъ родителей, состоящихъ въ бракѣ.

Имущественныя права. Факты, порождающіе эти права, различаются поразличію[45]) «способовъ пріобрѣтенія правъ на имущества.» Какіе изъ этихъ фактовъ истецъ долженъ доказать, мы разсмотримъ по отношенію къ отдѣльнымъ, наиболѣе обыкновеннымъ и чаще встрѣчающимся на практикѣ способамъ.

Въ искѣ на основаніи *даренія* истецъ долженъ доказать одностороннее (дарителя) распоряженіе имуществомъ въ пользу другаго лица (одаряемаго), и не долженъ доказывать, что по-

---

[43]) Ст. 109 т. т. X ч. 1.

[44]) Ст. 127 и слѣд.

[45]) Ст. 123 и 124.

дарепное имущество у дарителя было благопріобрѣтеннымъ[46]) и что одаряемый не отрекался отъ дара[47]).

Въ искѣ о наслѣдованіи *по завѣщанію* истецъ не долженъ доказывать первымъ, что завѣщатель имѣлъ право завѣщать и что завѣщательные наслѣдники могутъ принять завѣщанное имущество. Вопросы объ этомъ возбуждаются судомъ только въ случаѣ, если сказанная неправоспособность явствуетъ изъ самаго завѣщанія[48]). Слѣд. если само завѣщаніе не дѣлаетъ въ глазахъ суда явной неправоспособность, то отъ истца нѣтъ основаній требовать доказательствъ правоспособности. Здѣсь скорѣе является оцѣнка завѣщанія судомъ и относительно содержанія судъ ограничивается вопросомъ о правоспособности. Затѣмъ, безъ спора съ чьей либо стороны судъ не входитъ въ разсмотрѣніе вообще распоряженій завѣщателя[49]), въ частности не входитъ въ разсмотрѣніе, родовое-ли имущество завѣщается или благопріобрѣтенное[50]). Всѣ эти вопросы могутъ быть возбуждаемы только противной стороной, когда она предъявитъ по нимъ споръ, но таковой споръ противъ завѣщанія *допускается*, т. е. можетъ имѣть юридическое значеніе только въ случаѣ, если вмѣстѣ съ тѣмъ въ подтвержденіе будутъ представлены ясныя доказательства[50a]). Итакъ, истецъ долженъ доказать волю завѣщателя [51]) но не истецъ, а противная сторона должна доказывать обстоятельства, могущія освободить ее отъ исполненія завѣщательныхъ распоряженій, или уничтожить дѣйствительность завѣщанія[51a]).

---

[46]) Ст. 967 т. X.

[47]) Ст. 273. Отреченіе есть фактъ отрицательно дѣйствующій въ правоотношеніи даренія, а потому не принадлежитъ къ тѣмъ фактамъ которыя необходимо должны быть доказаны для юридической извѣстности даренія въ глазахъ суда.

[48]) Временныя правила о духовныхъ завѣщаніяхъ ст. 21.

[49]) Тѣже правила ст. 22

[50]) Ст. 1102 т. X ч. 1.

[50a]) Ст. 1099 т. X ч. 1.

[51]) Рѣш. гражд. касс. деп. 1876 г. № 66

[51a]) Мы здѣсь не разсматриваемъ спора и доказыванія относительно формальной стороны завѣщанія. Объ этомъ ниже.

Наслѣдованіе по закону. Ближайшимъ основаніемъ права наслѣдованія по закону служитъ кровное родство съ умершимъ[52]), далѣе, порядокъ наслѣдованія между родственниками опредѣляется по линіямъ[53]), въ которыхъ ближайшая исключаетъ дальнѣйшую[54]). Въ искѣ о правѣ наслѣдованія долженъ-ли истецъ доказывать вообще свое кровное родство съ умершимъ, или онъ долженъ доказывать, что онъ находится въ линіи родства ближайшей и, наконецъ, что его степень родства есть ближайшая? Здѣсь нужно различать случаи, когда 1) наслѣдникъ заявляетъ свое право какъ бы въ отвѣтъ на вызовъ суда, обращенный вообще къ наслѣдникамъ, и случаи, 2) когда явилось нѣсколько наслѣдниковъ и между ними возникъ споръ о правахъ наслѣдованія[55]), и наконецъ, 3) случаи, когда наслѣдственное имущество нужно отыскивать изъ третьихъ рукъ. Во всѣхъ означенныхъ случаяхъ истецъ долженъ доказать свое кровное родство съ наслѣдодателемъ. Но, затѣмъ, въ спорѣ о правѣ наслѣдованія между нѣсколькими наслѣдниками каждый долженъ доказывать свою наибольшую близость кровнаго родства съ наслѣдодателемъ только[56]) но не долженъ доказывать, что нѣтъ другихъ ближайшихъ родственниковъ умершаго[57]); разъ онъ доказалъ, что изъ всѣхъ наличныхъ

---

[52]) Ст. 1105. т. X ч. 1.

[53]) Ст. 1021.

[54]) Ст. 1122.

[55]) Ст. 1408 уст. гражд. судопр.

[56]) Seuffert, Archiv B. IX n. 315. Особый случай, когда сонаслѣдникъ указываетъ на то, что наслѣдодатель ему долженъ (также случай ст. 1260 т. X ч. 1), въ вопросѣ о соразмѣрномъ распредѣленіи между сонаслѣдниками обязанности уплатить этотъ долгъ можетъ возникать споръ о количествѣ наслѣдственнаго имущества, размѣръ этого имущества долженъ доказывать наслѣдникъ, имѣющій долговую претензію. Рѣш. гражд касс. деп. 1873 г. № 1306.

[57]) Seuffert, Archiv B. I. 258. Тѣмъ болѣе не долженъ доказывать, что наслѣдодатель умеръ безъ завѣщанія (тоже нужно сказать о всѣхъ пунктахъ ст. 1110 п. X ч. 1). Другое дѣло, когда отвѣтчикомъ является наслѣдникъ по завѣщанію, здѣсь истецъ долженъ опровергнуть право по завѣщанію и доказать свое кровное родство съ умершимъ. Рѣш. гражд. касс. деп. 1867 г. № 347.

претендентовъ онъ есть ближайшій родственникъ, онъ уже считается наслѣдникомъ всей «совокупности имуществъ, правъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго»[58]); въ искахъ, предъявляемыхъ наслѣдникомъ, на основаніи права законнаго наслѣдованія, къ постороннему лицу (не наслѣднику) нужно различать обязанность доказыванія смотря потому, является-ли истецъ уже признаннымъ наслѣдникомъ или еще не признаннымъ въ установленномъ порядкѣ; если признанъ, то онъ долженъ доказывать то, что долженъ былъ бы въ данномъ случаѣ доказывать самъ наслѣдодатель противъ даннаго отвѣтчика; если же наслѣдникъ непризнанъ еще, то долженъ доказывать свое кровное родство съ наслѣдодателемъ и затѣмъ обычныя основанія отыскиваемаго права[59]). Съ точки зрѣнія установленнаго различія не представляется затрудненій въ рѣшеніи вопроса, что̀ наслѣдникъ долженъ доказывать въ искѣ къ должнику наслѣдодателя[60]).

Что касается случаевъ, когда наслѣдники являются отвѣтчиками, то особенность обязанности доказыванія истца заключается въ томъ, что истецъ долженъ доказать утвержденіе судомъ даннаго лица въ качествѣ наслѣдника[61]) и не дол-

---

[58]) Seuffert, Archiv B. XVI n. 254.

[59]) Seuffert, Archiv B. XX n. 78.

[60]) Этотъ вопросъ рѣшается неодинаково въ теоріи; большинство въ пользу того, что истецъ долженъ доказать, что онъ *ближайшій* наслѣдникъ, т. е. доказывать, что *одному ему* должна достаться по наслѣдству долговая претензія, такъ какъ въ противномъ случаѣ должникъ долженъ быть присужденъ ко взысканію въ пользу ненастоящаго наслѣдника и слѣд., уплатой ему взысканія не освобождается отъ обязательства (См. Seuffert, Archiv. B. XIV n. 149. XII n. 305). Но разъ будетъ признано судомъ, что истецъ состоитъ въ кровномъ родствѣ съ наслѣдодателемъ и на этомъ основаніи ему присуждено взысканіе, едва-ли возможенъ будетъ случай вторичнаго взысканія съ того же должника въ пользу другаго наслѣдника, оказавшагося болѣе близкимъ родственникомъ наслѣдодателя. Возраженіе должника что взысканіе удовлетворено, *согласно состоявшемуся судебному рѣшенію*, должно освободить его отъ отвѣтственности по вторичному взысканію.

[61]) Рѣшеніе гражд. касс. деп. 1869 г. № 1266.

женъ доказывать, что другихъ призванныхъ наслѣдниковъ нѣтъ[62]); или истецъ можетъ, взамѣнъ того, доказывать, что отвѣтчикъ владѣлъ и пользовался имуществомъ наслѣдодателя въ личную себѣ пользу и притомъ въ качествѣ наслѣдника, а для послѣдняго обстоятельства нужно доказать также, что отвѣтчикъ находится въ кровномъ родствѣ съ наслѣдодателемъ[63]). Само собою разумѣется, что на ряду съ этими особыми предметами доказыванія истецъ долженъ доказывать обычныя основанія иска, какія порождаютъ его исковую претензію[64]).

Давность владѣнія. Къ способамъ пріобрѣтенія имуществъ относится давность владѣнія, значитъ давность владѣнія можетъ быть также основаніемъ иска. Въ ученіи о томъ, что истецъ въ искахъ, опирающихся на этомъ основаніи, долженъ доказывать, важно установить различіе обстоятельствъ, входящихъ въ понятіе о давности, обстоятельствъ, положительно дѣйствующихъ на созданіе права путемъ давностнаго владѣнія, и обстоятельствъ отрицательно дѣйствующихъ, т. е. препятствій къ созданію права; наличность первыхъ должна быть доказана истцомъ; отсутствіе же препятствій истецъ не долженъ быть обязываемъ доказывать[65]). По нашему законодательству спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіи установленной закономъ давности[66]).

---

[62]) Дѣло отвѣтчика доказывать, что есть другіе наслѣдники, но и отвѣтчикъ долженъ въ этомъ случаѣ доказать только, что и другія лица призваны были къ наслѣдованію, но не долженъ доказывать, что другіе дѣйствительно приняли наслѣдство. Seuffert, Archiv B. VIII n. 156 и B. IX n. 316.

[63]) Рѣш. гражд. касс. деп. 1873 г. № 342.

[64]) Мы не останавливаемся на разсмотрѣніи предмета доказыванія въ искахъ по законному наслѣдованію въ линіи восходящей; укажемъ только, что по смыслу ст. 1141 родители, отыскивая пожизненное владѣніе имуществомъ умершихъ дѣтей своихъ, должны доказать, что дѣти умерли бездѣтными; другіе особенно указываются ст. 1142, 1144, т. X, ч. I.

[65]) Unger, l. c. § 129, n. 25, стр. 459.

[66]) Ст. 533, т. X, ч. I.

Въ этомъ понятіи представляются два обстоятельства положительно дѣйствующія на образованіе права собственности, именно 1) владѣніе въ видѣ собственности и 2) въ теченіи установленной закономъ давности; обстоятельствами, отрицательно дѣйствующими, являются нарушеніе владѣнія, споръ (судебный) о немъ и прерваніе владѣнія въ видѣ собственности (напр. владѣлецъ въ теченіи какого либо времени будетъ заявлять себя не въ качествѣ собственника, а въ качествѣ управляющаго). Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ препятствій къ примѣненію вышесказаннаго (п. [39a]) теоретическаго начала, чтобы возлагать на истца обязанность доказывать только обстоятельствъ имѣющія положительное дѣйствіе, но не отсутствіе обстоятельствъ отрицательно дѣйствующихъ. Такъ, по нашему законодательству, владѣніе считается добросовѣстнымъ, возникшимъ «по обыкновенному, установленному въ законахъ, порядку» (см. ст. 529 т. X ч 1), значитъ считается законнымъ (см. ст. 524 т. X ч. 1) «дотолѣ, пока не будетъ доказано, что владѣльцу достовѣрно извѣстна *неправость* его владѣнія»; одного сомнѣнія въ законности недостаточно, значитъ нужно доказать неправость, незаконность владѣнія (ст. 530). Такимъ образомъ законъ возлагаетъ на противника давностнаго владѣльца, въ нашемъ случаѣ, на отвѣтчика обязанность доказывать неправость, незаконность владѣнія. Владѣніе будетъ неправымъ при обстоятельствахъ, отрицательно дѣйствующихъ; доказывать неправость значитъ доказывать наличность этихъ обстоятельствъ. Таковы общія положенія выраженныхъ въ законѣ на случай спора о добросовѣстности владѣнія. Въ искѣ на основаніи давностнаго владѣнія, владѣніе, если доказанъ фактъ владѣнія въ видѣ собственности, въ теченіи давности, должно, по аналогіи, считаться законнымъ, т. е. способомъ пріобрѣтенія имѣющимъ такія черты, которыя указаны въ законѣ (въ ст. 533) какъ необходимыя для того, чтобы владѣніе было законнымъ способомъ пріобрѣтенія права, т. е. владѣніе должно считаться спокойнымъ, безспорнымъ, непрерывнымъ. Незаконность его въ этомъ смыслѣ, т. е., что оно было нарушено, что былъ споръ

и что оно прерывалось, это долженъ доказывать отвѣтчикъ, такъ какъ эти факты являются отрицательно дѣйствующими на созданіе права по давности.

«Обоюдные способы» пріобрѣтенія правъ (ст. 698 примѣч. 1). Когда основаніемъ иска служатъ эти способы пріобрѣтенія, то, очевидно, нужно доказать существованіе «обоюдной» юридической воли, легшей въ основаніе правоотношенія, иначе говоря нужно доказать *заключеніе* договора. Представленіе письменнаго акта въ значительной степени устраняетъ вопросъ о томъ, что долженъ доказывать истецъ. Но мы, независимо отъ того, что данное правоотношеніе формулировано въ письменномъ документѣ, остановимся на тѣхъ существенныхъ матеріальныхъ моментахъ и сторонахъ отдѣльныхъ обоюдныхъ способовъ пріобрѣтенія, которыя должны быть доказаны истцемъ для констатированія въ глазахъ суда его права.

Купля-продажа. Существенными моментами, изъ коихъ слагается наличность сдѣлки—купли-продажи движимости служитъ врученіе продавцемъ покупателю проданнаго имущества или поступленіе онаго въ его распоряженіе [67]). Отсюда можно сдѣлать тотъ выводъ, что продавецъ [68]), предъявляя искъ объ исполненіи договора, долженъ доказать только врученіе проданной вещи покупателю и не долженъ доказывать, что не получилъ отъ покупателя платежа за проданную вещь, можетъ ограничиться однимъ указаніемъ на это обстоятельство. Съ другой стороны если покупатель вручилъ продавцу задатокъ или всю покупную сумму и предъявилъ искъ къ продавцу о выдачѣ проданной вещи, то онъ долженъ доказать о врученіи продавцу задатка или всей покупной суммы въ такомъ-то размѣрѣ и не долженъ доказывать, что купленной вещи не получалъ. Въ X т. мы не находимъ указанія на то, кто дол-

---

[67]) Ст. 1510 т. X ч. I

[68]) Имѣется въ виду случай исполненія обязательства по сдѣлкѣ однимъ изъ контрагентовъ и не исполненія другимъ.

женъ доказывать размѣръ покупной цѣны [69]). Въ рѣшеніи этого вопроса нужно различать, кто является истцемъ; если продавецъ, то основой его искового права служитъ врученіе вещи покупателю; исполненіе имъ этой своей обязанности создаетъ для него право, а для покупателя обязанность уплаты; достаточно, если истецъ докажетъ исполненіе имъ своей обязанности; доказательство одного этого факта даетъ ему право на полученіе уплаты, и возлагаетъ на покупателя обязанность уплаты; освободиться отъ этой обязанности покупатель не можетъ иначе, какъ доказавъ, что онъ исполнилъ ее, доказавъ, что заплатилъ такую-то сумму. Если истецъ будетъ оспаривать доказываемый отвѣтчикомъ размѣръ уплоченной цѣны, то уже его обязанность доказать, что цѣна была выше, чѣмъ какую доказываетъ покупатель. Ст. 1415 т. X ч. 1 на практикѣ можетъ возбудить вопросъ объ обязанности доказыванія въ томъ случаѣ, когда продавецъ исполнилъ съ своей стороны договоръ, представилъ вещи, имѣющія условленное договоромъ достоинство, а покупатель не принимаетъ ихъ; истцемъ здѣсь является продавецъ. Законъ имѣетъ въ виду случай представленія продавцемъ вещи, имѣющей *условленныя договоромъ достоинства*. Продавецъ-ли долженъ доказывать, что вещи имѣютъ условленное достоинство или отвѣтчикъ-покупатель, что они не имѣютъ этого достоинства?—Законъ (ст. 1514 т. X ч. 1) имѣетъ въ виду договоръ, въ коемъ *точно обусловлено*, что вещь должна быть такого-то достоинства; доставить вещь *такого* именно достоинства есть обязанность продавца [70]); въ обоюдныхъ договорахъ, если одинъ контрагентъ исполнилъ свою обязанность и требуетъ исполненія другимъ контрагентомъ соотвѣтствующей обязанности, то онъ долженъ доказать исполненіе своей обязанности; въ данномъ случаѣ (ст. 1514) въ договорѣ точно специфически опредѣлена обязанность продавца онъ, потому, и долженъ доказать точное специфическое испол-

[69]) См. напр. ст. 1513, 1521, 1522, т. X. ч. I.

[70]) Сравн. ст. 1516 т. X ч. I.

неніе ея [71]). Въ частности въ искѣ изъ купли-продажи можетъ возникать вопросъ *о доброкачественности* проданной вещи, когда въ договорѣ точно неозначено достоинство вещи. Въ этомъ случаѣ обязанность продавца состоитъ въ томъ, чтобы доставить вещь такого-то названія; потому онъ долженъ доказать, что вещь такого-то названія онъ доставилъ покупателю; если покупатель возражаетъ, что купленные имъ вещь—недоброкачественная, то эту недоброкачественность онъ долженъ доказывать, а не истецъ доброкачественность [72]). Того же начала нужно держаться при распредѣленіи обязанности доказыванія въ случаѣ, указанномъ ст. 1520 т. X ч. 1, когда отвѣтчикъ будетъ возражать, что ему продано «старое за новое или одно за другое»; доказываніе этого возраженія должно быть возложено на него [73]).

Наемъ имущества. Регулированіе обязанности доказыва-

---

[71]) Seuffert, Archiv. B. XIX, n. 134. Тоже нужно сказать о продажѣ по образцамъ. Seuffert, Archiv. B. V, n. 129.

[72]) Рѣш. гражд кас. деп. 1875 г. № 70. Обстоятельства дѣла: былъ заказанъ чугунный цилиндръ для завода, доставленъ, принятъ, работалъ, деньги уплачивались по частямъ; продавецъ предъявилъ искъ объ остальномъ платежѣ, доказавъ вышеизложенныя обстоятельства; отвѣтчикъ возражаетъ, что цилиндръ негоденъ. Сенатъ совершенно справедливо призналъ, что на отвѣтчика должна быть возложена обязанность доказать, что цилиндръ въ моментъ сдачи его на заводъ былъ негоденъ къ употребленію. — Тоже начало хотя недостаточно ясно выражено въ гражд. кас. рѣш. 1869 г. № 846. Сравн. Seuffert, Archiv, B. VII, n. 295. Нѣмецкая практика, въ рѣшеніи этого вопроса придаетъ особенное значеніе тому обстоятельству, былъ ли принятъ купленный товаръ или нѣтъ. Если былъ уже принятъ, то недоброкачественность долженъ доказывать отвѣтчикъ покупатель. Seuffert, Archiv, B. XIX n. 132. Но вопросъ о принятіи можетъ играть существенную роль только тогда, когда противникъ отвѣтчикъ отрицаетъ заключеніе договора, здѣсь истецъ долженъ доказать принятіе, какъ признакъ соглашенія между продавцемъ и покупателемъ.

[73]) Нами изложено ученіе о распредѣленіи обязанности доказыванія въ искѣ о возстановленіи или реализаціи правоотношенія купли-продажи. Ученіе о распредѣленіи обязанности въ искахъ объ уничтоженіи этого правоотношенія или о вознагражденіи за убытки по нарушенію этого договора будетъ изложено ниже въ рубр. 2 и 3.

нія въ искахъ о правѣ по найму имущества представляетъ большую аналогію съ опредѣленіемъ этой обязанности въ искахъ о правѣ изъ купли-продажи. Но только въ постановленіяхъ X т. по этому вопросу мы находимъ гораздо менѣе указаній (только въ ст. 1707); кромѣ того законъ требуетъ совершенія письменнаго акта только при наймѣ недвижимаго имущества (ст. 1700) и то за исключеніемъ случаевъ, указанныхъ въ ст. 1702 т. X ч. 1; значитъ въ большинствѣ случаевъ договоръ имущественнаго найма можетъ быть словесный; потому на практикѣ въ большинствѣ случаевъ при разбирательствѣ на судѣ не бываетъ письменнаго договора, который въ значительной степени упрощаетъ распредѣленіе обязанности доказыванія; суду остается одно — при распредѣленіи этой обязанности исходнымъ пунктомъ брать понятіе объ имущественномъ наймѣ; сущность этого правоотношенія состоитъ въ томъ, что по взаимному соглашенію одно лицо предоставляетъ пользованіе своимъ имуществомъ другому лицу за извѣстную плату [74]); обязанность наймодателя состоитъ въ предоставленіи нанимателю извѣстнаго имущества для пользованія; право его состоитъ въ полученіи платы за такое пользованіе; обязанность нанимателя состоитъ въ платежѣ наемной цѣны; право—въ пользованіи нанятымъ имуществомъ. Для рѣшенія вопроса, что истецъ долженъ доказывать въ искѣ о правѣ по имущественному найму, важно прежде всего установить различіе, предъявляется-ли искъ на основаніи только одного взаимнаго соглашенія, такъ что исполненія договора еще не было ни съ той ни съ другой стороны, или же со стороны истца уже имѣетъ мѣсто исполненіе договора. Въ первомъ случаѣ, очевидно, должно быть доказано *непосредственно соглашеніе*, состоявшееся между хозяиномъ и нанимателемъ, и если будетъ констатированъ фактъ соглашенія, но при этомъ не будутъ въ точности констатированы права и обязанности договаривавшихся, то, далѣе, истецъ долженъ въ точности доказать

---

[74]) Puchta, Pandecten, § 365.

только свое право и можетъ ограничиться однимъ указаніемъ соотвѣтствующей обязанности другаго контрагента. Такимъ образомъ если истцемъ является хозяинъ, онъ въ данной комбинаціи долженъ доказать, что было соглашеніе, по которому онъ пріобрѣлъ право получить съ нанимателя извѣстную наемную плату и можетъ указать только предметъ найма, такъ что, если, положимъ, представленные истцемъ свидѣтели докажутъ, что было соглашеніе, по которому наниматель обязанъ платить такую-то наемную плату, но вмѣстѣ съ тѣмъ изъ ихъ показаній не видно будетъ, что нанято было такое, а не иное имущество,—все таки истецъ долженъ считаться исполнившимъ свою обязанность доказывать, и уже дѣло отвѣтчика, если онъ не согласенъ съ указаніемъ истца о предметѣ, доказывать, что предметъ найма былъ другой, чѣмъ указываетъ истецъ. Или наоборотъ, если истцемъ будетъ наниматель, и свидѣтели, представленные имъ, докажутъ, что состоялось между нанимателемъ и хозяиномъ соглашеніе, по которому наниматель получилъ право пользоваться такимъ-то имуществомъ. причемъ изъ показаній ихъ нельзя съ точностью видѣть размѣръ наемной платы,—истецъ-наниматель долженъ считаться исполнившимъ свою обязанность доказыванія и на отвѣтчика, если онъ несогласенъ съ цѣною, указанною истцемъ, должна быть возложена обязанность доказывать, что размѣръ наемой платы былъ договоренъ такой, какой онъ, отвѣтчикъ утверждаетъ. Нѣсколько иначе опредѣляется обязанность доказывать въ тѣхъ-же искахъ, если вообще имѣетъ мѣсто *исполненіе* по договору найма. Здѣсь должны быть доказаны факты исполненія истцемъ своего обязательства по договору найма и насколько факты эти указываютъ на исполненіе даннаго существующаго соглашенія, на столько, доказавъ ихъ, истецъ долженъ считаться исполнившимъ свою обязанность доказыванія и на него не должна быть возлагаема обязанность доказывать, что онъ имѣетъ соотвѣтствующее исполненному имъ обязательству право по договору; удовлетвореніе этого права должно быть доказываемо отвѣтчикомъ. Такимъ образомъ, если хозя-

нпъ по договору найма отдалъ другому лицу въ пользованіе домъ, и жилецъ живетъ въ этомъ домѣ, то хозяину въ искѣ о наемной платѣ достаточно констатировать, что жилецъ живетъ въ его домѣ. Этотъ фактъ самъ по себѣ указываетъ на существованіе правоотношенія имущественнаго найма и на исполненіе хозяиномъ своего обязательства по договору. Если же онъ этого факта не докажетъ, то не можетъ считаться исполнившимъ свою обязанность доказыванія [75]). Наконецъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда фактическое исполненіе истцемъ-хозяиномъ своего обязательства по найму уже прекратилось, т. е. когда напр. жилецъ уже съѣхалъ съ квартиры, а между тѣмъ искъ предъявляется о неуплоченной наемной платѣ, здѣсь, очевидно, между хозяиномъ и бывшимъ жильцомъ будетъ уже долговое отношеніе, и истецъ долженъ доказывать уже по началамъ долговаго отношенія [76]). Въ искахъ о *надлежащемъ*

---

[75]) Гражд. касс. рѣш. 1875 г. № 326.

[76]) Практика кассац. сената объ обязанности доказыванія по изложеннымъ (п. 71—75) вопросамъ сведена въ одномъ изъ новѣйшихъ рѣшеній. Такъ какъ рѣшеніе это, по своему содержанію, представляетъ особенный интересъ, то мы приводимъ его цѣликомъ: «Вопросъ о распредѣленіи обязанностей въ представленіи доказательствъ по спорамъ, возникающимъ изъ найма имуществъ, доходилъ уже неоднократно до разсмотрѣнія правительствующаго сената, рѣшеніями котораго (1869 г. №№ 784 и 899, 1870 г. №№ 1843, 1175 и 1489, 1872 г. №№ 846, 1001 и др.) вопросъ этотъ постоянно былъ разъясняемъ на точномъ основаніи ст. 1705 т. X ч. 1 въ томъ смыслѣ, что если во время предъявленія иска договорныя отношенія между собственникомъ имущества и нанимателемъ еще не прекратились, то на обязанности собственника лежитъ доказать что онъ исполнилъ возложенныя на него ст. 1691 и 1705 т. X ч. 1 обязанности, т. е. *представилъ нанятое имущество въ пользованіе нанимателя* (на извѣстныхъ условіяхъ относительно предмета, цѣны и срока найма) и затѣмъ уже *наниматель долженъ доказать, что онъ съ своей стороны исполнилъ* возложенныя на него тою же ст. 1705 *обязанности*, т. е. что онъ *уплатилъ* слѣдующія съ него согласно договора за пользованіе предоставленнымъ ему имуществомъ деньги. вслѣдствіе сего если домовладѣлецъ доказалъ, что относительно предмета, цѣны и срока договора найма квартиры состоялось добровольное между имъ и жильцемъ соглашеніе (ст. 1528 т. X ч. 1), и что жилецъ, во время предъявленія иска, пользовался квартирою въ его домѣ, то обязанность доказать платежъ денегъ за квартиру лежитъ, очевидно, на жильцѣ, и домовладѣльцу не можетъ быть поставлено въ вину не представле-

исполненіи договора найма обязанность доказывать опредѣляется аналогично съ тѣмъ, какъ она опредѣляется по этому вопросу въ искахъ о надлежащемъ исполненіи договора купли-продажи. Такимъ образомъ, если жилецъ предъявляетъ искъ о томъ, чтобы нанятая имъ квартира была устроена такъ, чтобы была годна для жительства, онъ долженъ доказать тотъ порокъ квартиры, который дѣлаетъ необходимымъ улучшеніе [77]). Что касается вообще условій найма, то они должны быть, какъ и при куплѣ-продажѣ, доказываемы той тяжущей-

---

ніе отрицательныхъ доказательствъ въ томъ, что онъ денегъ за квартиру не получалъ»... «Если наоборотъ домовладѣлецъ предъявляетъ искъ о наемной платѣ уже послѣ того какъ жилецъ выѣхалъ изъ дома хозяина, т. е. если въ моментъ предъявленія иска договорныя отношенія по найму имущества съ обоюднаго согласія домовладѣльца и квартиранта прекратились, то, очевидно, что истецъ обязанъ представить доказательства не только того, что такія договорныя отношенія существовали, но и того, что эти договорныя отношенія послужили основаніемъ къ возникновенію другихъ обязательственныхъ отношеній; что за прекращеніемъ его отношеній къ отвѣтчику какъ домовладѣльца къ жильцу (ст. 1705) между ними образовались отношенія кредитора къ должнику (ст. 2050); существованіе же долга, проистекающаго отъ договора требуетъ по смыслу 2017 ст. письменнаго доказательства и при отсутствіи такового — отвѣтчикъ. бывшій жилецъ, не можетъ быть обязанъ къ представленію доказательствъ отрицательнаго обстоятельства, т. е. что онъ не состоитъ должникомъ его бывшаго домовладѣльца». Въ данномъ дѣлѣ искъ о наемной платѣ былъ предъявленъ «въ то время, когда отвѣтчица занимала еще помѣщеніе въ домѣ истца и хотя она впослѣдствіи очистила квартиру, но не по взаимному съ домовладѣльцемъ соглашенію о прекращеніи договора, а по исполнительному листу мироваго судьи, и потому обстоятельство это не могло измѣнить процессуальнаго отношенія сторонъ, опредѣляемаго моментомъ предъявленія иска.» Гражд. касс. рѣшеніе 1875 г. № 383. Относительно этого рѣшенія, мы, согласно нашему тексту, должны сдѣлать замѣчаніе что въ кругъ обязанности истца по доказыванію не входитъ доказываніе заключеніе найма «на извѣстныхъ условіяхъ относительно предмета цѣны и срока найма». Истецъ въ данномъ случаѣ при занятіи квартиры можетъ считаться исполнившимъ свою обязанность доказывать, если онъ только доказалъ, что предоставилъ нанятое имущество въ пользованіе нанимателя. Впрочемъ изъ рѣшенія видно, что истецъ ничего не представлялъ въ доказательство условій цѣны и срока, а только *указалъ*, что была такая-то цѣна и такой-то срокъ. Одного этого указанія было достаточно, такъ какъ указаніе это не опровергнуто отвѣтчикомъ и не отрицалось.

[77]) Сравн. Seuffert, Archiv B. XVII n. 233.

ся стороной, которая на нихъ ссылается въ своихъ интересахъ [78]).

Особое постановленіе есть [79]) на случай, когда наниматель по договору обяжется хранить домъ отъ пожара. Въ силу этого особаго обязательства наниматель, если произойдетъ пожаръ, долженъ уплатить хозяину цѣну дома, но не безусловно, а только тогда, когда пожаръ произошелъ по винѣ нанимателя. Въ искѣ объ уплатѣ этой цѣны очевидно должна быть доказана виновность или невиновность нанимателя; спрашивается, кто долженъ доказывать, хозяинъ-ли истецъ что пожаръ произошелъ по винѣ нанимателя, или же наниматель, что пожаръ произошелъ не по его винѣ? Этотъ вопросъ рѣшается буквальнымъ выраженіемъ ст. 1707 т. X ч. 1 — и когда доказано будетъ, что домъ сгорѣлъ отъ его (нанимателя) вины.» Законъ требуетъ доказыванія факта виновности нанимателя, а такое доказываніе можетъ быть только со стороны истца хозяина [80]). Съ этой же точки зрѣнія должна опредѣляться обязанность доказыванія въ случаѣ, о которомъ говоритъ 1708 ст. т. X ч. 1. Если нанятое имущество *будетъ испорчено*, оно отдается нанимателю, а *онъ обязанъ* заплатить хозяину цѣну того имущества. Смыслъ статьи таковъ, что въ данномъ случаѣ истцемъ предполагается хозяинъ [81]). Изъ того обстоятельства, что его имущество будетъ испорчено, для хозяина возникаетъ право получить цѣну испорченнаго имущества, а для нанимателя обязанность заплатить эту цѣну. Если въ вышеприведенномъ случаѣ погибели нанятаго дома отъ пожара наниматель, хотя бы спеціально обязался хранить домъ отъ пожара, отвѣчаетъ только тогда, когда истецъ-хозяинъ

---

[78]) Тоже нужно сказать и относительно срока найма.

[79]) Ст. 1707 т. X ч. 1.

[80]) Сравн. Unger, System § 123 стр. 459 въ концѣ примѣч.

[81]) Хотя и наниматель можетъ быть истцемъ напр. предъявляя искъ объ уничтоженіи договора по причинѣ негодности имущества для условленныхъ цѣлей найма.

докажетъ, что пожаръ произошелъ по винѣ принимателя, тѣмъ болѣе здѣсь, когда особаго условія о храненіи имущества отъ порчи не было, принимать отвѣчаетъ только тогда, когда хозяинъ вещи докажетъ, что порча произошла по винѣ принимателя.

Заемъ. Въ ученіи объ обязанности доказыванія въ искѣ изъ договора займа прежде всего нужно имѣть въ виду, что здѣсь должна итти рѣчь только о займѣ въ собственномъ смыслѣ слова, т. е. о такомъ правоотношеніи, по которому одно лицо даетъ другому лицу извѣстную сумму *денегъ*[82]), которыя этотъ послѣдній долженъ уплатить обратно. Такимъ образомъ заемъ въ собственномъ смыслѣ слова нужно[83]) отличать отъ долговаго отношенія вообще, возникающаго помимо полученія денегъ въ заемъ. Такому различію не противорѣчитъ нисколько ни ст. 2017, ни ст. 2045 т. X ч. I. По буквальному смыслу 2017 ст. «заемныя письма, выданныя вмѣсто наличнаго платежа за работу, услуги, товары и издѣлія, также въ удовлетвореніе взысканій, проистекающихъ отъ договоровъ, не считаются безденежными». Фактическое отношеніе здѣсь таково: кредиторъ не давалъ въ заемъ денегъ, но производилъ для должника работы или далъ ему товары и издѣлія, за которые долженъ былъ получить соотвѣтствующій платежъ, вмѣсто того онъ получаетъ отъ должника заемное письмо. Очевидно, здѣсь есть своего рода фикція. И вотъ законъ хочетъ сказать только одно, — что онъ допускаетъ такую фикцію, признаетъ

---

[82]) На этотъ признакъ, какъ характеризующій именно заемъ, указываетъ примѣчаніе къ ст. 2044, въ которомъ устанавливается разграниченіе между ссудой, наймомъ имущества и займомъ; если, говоритъ примѣчаніе, имущество (ссуженное) состоитъ въ деньгахъ, то договоръ принадлежитъ къ займу. Кромѣ того всѣ статьи т. X ч. I о займѣ говорятъ всюду только о деньгахъ, какъ предметѣ займа. Особая оговорка есть относительно содержанія векселя (торг. уст., ст. 541 п. 3): въ векселѣ должно быть означено «что векселедатель получилъ деньги или валюту, т. е. предметъ долга, въ чемъ бы онъ ни заключался».

[83]) Необходимо отличать потому, что, по нашему мнѣнію, есть большая разница въ требованіяхъ закона о доказательныхъ средствахъ при доказываніи займа денегъ и при доказываніи другихъ вообще долговыхъ отношеній. Какія доказательныя средства могутъ имѣть мѣсто въ томъ и другомъ случаѣ, объ этомъ рѣчь будетъ ниже (III).

такой переводъ стоимости работъ или вещей на деньги и потому не считаетъ такое заемное письмо безденежнымъ, но это далеко не значитъ, что законъ отождествляетъ заемъ въ тѣсномъ смыслѣ (денежный) съ долговымъ отношеніемъ вообще[84]), и въ 2045 ст. законъ причисляя счеты, подписанные должникомъ, къ заемнымъ обязательствамъ, долговое отношеніе не отождествляетъ съ займомъ денегъ; въ виду слѣдующей 2046 ст. скорѣе есть основаніе думать, что въ означенной 2045 и слѣдующей статьяхъ законъ имѣлъ въ виду главнымъ образомъ казенный интересъ, а вовсе не принципіальное отождественіе займа денегъ съ долговымъ отношеніемъ вообще, иначе зачѣмъ бы это требованіе закона: или предъявлять счетъ въ теченіи шести мѣсяцевъ ко взысканію, или превращать въ заемное обязательство, крѣпостное или явочное заемное письмо[85]). Итакъ, что́ долженъ доказывать займодатель въ искѣ изъ договора денежнаго займа? Истецъ долженъ доказать взаимное соглашеніе контрагентовъ, т. е. что былъ договоръ, въ силу котораго онъ истецъ-кредиторъ далъ отвѣтчику, должнику такую-то сумму денегъ съ тѣмъ, чтобы послѣдній уплатилъ эту сумму обратно[86]), и не долженъ доказывать, что уплаты не получалъ. Далѣе, подобно тому, какъ въ вышеизложенныхъ

---

[84]) А потому «нельзя, какъ справедливо говоритъ касс. сенатъ, вывести заключенія, что по смыслу этихъ статей (2017, 2045, 2046) существованіе долга за работу должно быть удостовѣрено письменными документами и затѣмъ отвергать безъ разсмотрѣнія всякія другія доказательства, представленныя по иску за работу и издѣлія». 1868 г. № 137, также 1875 г. № 241.

[85]) Обязательство по займу называется крѣпостнымъ (ст. 2033) или домовымъ (ст. 2035) заемнымъ письмомъ.

[86]) Недостаточно доказать фактъ передачи денегъ кредиторомъ должнику, фактъ этотъ, самъ по себѣ, не представляетъ въ себѣ такихъ признаковъ по которымъ можно было бы сказать, что съ нимъ соединяется или онъ обозначаетъ такое именно, а не другое правоотношеніе — заемъ, а не дареніе и т. под. Потому и нужно доказывать юридическую волю, легшую въ основу передачи денегъ истцемъ отвѣтчику. Förster, Theorie und Praxis des heutigen preuss. Privatrechts. 1873. B. II, стр. 235, n. 14; сравн противныя мнѣнія, приведенныя у него же въ n. 15.

искахъ изъ другихъ обязательственныхъ отношеній, истцу нѣтъ надобности доказывать, что заемъ былъ заключенъ безъ условій, не на срокъ и т. д. Но за то, если истецъ основываетъ свой искъ на условной волѣ, то онъ долженъ доказать, что условія всѣ на лицо[87]). По нашему законодательству займодавцу *дозволяется* брать (не свыше узаконеннаго) ростъ съ капитала; такимъ образомъ право на проценты съ капитала не составляетъ необходимой принадлежности договора денежнаго займа и существуетъ только тогда, когда было поставлено особое условіе о $^0/_0$[88]). Потому, искъ объ уплатѣ займа съ процентами долженъ быть доказываемъ истцемъ въ этомъ именно видѣ, т. е. истецъ долженъ доказывать, что заемъ былъ процентный[89]).

Отдача имущества на сохраненіе или поклажа. Искъ изъ договора поклажи чаще всего бываетъ направленъ къ тому, чтобы получить обратно вещь, отданную на сохраненіе. По нашему законодательству (ст. 2111) «если принявшій какое либо имущество на сохраненіе будетъ запираться въ полученіи онаго, и дѣло дойдетъ до судебнаго разбирательства, то истецъ обязанъ представить роспиську пріемщика», и только въ исключительныхъ случаяхъ[90]) эта росписка не требуется. Затѣмъ законъ указываетъ точно содержаніе росписки и формальныя условія ея доказательной силы, и требуетъ соблюденія этихъ

---

[87]) Förster, l. c. II стр. 241 n. 36.

[88]) Такъ, по ст. 2051 т. X ч. 1, «платежъ долга долженъ быть произведенъ,..... и съ причитающимся ростомъ. *буде ростъ опредѣленъ условіемъ*». Точно также ст. 2020 запрещая сложные проценты и дозволяя превращать ихъ въ особый отдѣльный долгъ говоритъ, что «въ семъ случаѣ заимодавецъ получаетъ на нихъ *также условленные* проценты».

[89]) Въ этомъ случаѣ долженъ быть доказанъ точно размѣръ процента, потому недостаточно доказать, что заемъ былъ сдѣланъ вообще съ процентами, отсюда нельзя дѣлать заключенія, что процентъ былъ назначенъ въ размѣрѣ узаконеннаго; все-таки будетъ сомнѣніе, какой-же размѣръ процента, и истецъ долженъ считаться недоказавшимъ условіе о процентахъ. Сравн. Paul Pont, l. c. n. 247.

[90]) Случаи эти исчислены въ ст. 2112 т. X ч. 1.

предписаній подъ угрозой недѣйствительности росписки, такъ что отсюда можно было бы заключить, что вопросъ объ обязанности доказыванія въ искѣ о возвращеніи поклажи не можетъ даже и возбуждаться. Но по примѣчанію 2 къ ст. 2111 (продолж. 1868 г.) въ мѣстностяхъ, гдѣ введены судебные уставы 20 ноября 1864 г. сила письменныхъ доказательствъ опредѣляется по правиламъ въ уставѣ гражд. супр. изложеннымъ. По уставу же (ст. 460) «актъ непризнанный въ силѣ крѣпостнаго или явочнаго сохраняетъ силу домашняго акта», — и (по ст. 459) опредѣленіе силы и преимущества домашнихъ и другихъ неформальныхъ актовъ зависитъ отъ усмотрѣнія суда». Такимъ образомъ сохранная росписка хотя въ данномъ случаѣ, положимъ и не будетъ удовлетворять требованіямъ X т. тѣмъ не менѣе она, въ качествѣ домашняго документа, должна обсуждаться судомъ и по усмотрѣнію суда должна опредѣляться ея доказательность. При такой оцѣнкѣ передъ судомъ и можетъ возникнуть вопросъ, что въ искѣ о возвращеніи поклажи истецъ долженъ доказать, доказываются-ли эти пункты роспиской и, значитъ, насколько она годна, какъ доказательное средство, по своему содержанію. Истецъ въ этомъ искѣ долженъ доказать факты, опредѣляющіе особую природу договора поклажи, т. е. что онъ дѣйствительно передалъ такое-то имущество отвѣтчику на сохраненіе[91]). При оцѣнкѣ судомъ, факты передачи имущества, затѣмъ такого-то именно имущества и наконецъ передачи съ цѣлью сохраненія могутъ быть установлены изъ совокупности другихъ отдѣльныхъ фактовъ, отъ которыхъ можно заключить о передачѣ и т. д. Такимъ образомъ истецъ можетъ считаться исполнившимъ свою обязанность, доказыванія, если докажетъ эти отдѣльные факты, въ совокупности своей констатирующія наличность существенныхъ фактическихъ моментовъ понятія о поклажѣ. Къ такимъ отдѣльнымъ фактамъ, по аналогіи съ ст. 2113 (т. X ч. I), можно отнести

---

[91]) Сравн. ст. 2112 т. X ч. 1, въ ст. 2119 употребляется выраженіе «единственно на сохраненіе».

обстоятельства, которыя вообще могли побудить истца отдать имущество на сохраненіе, готовность, тѣмъ болѣе предложеніе отвѣтчика принять вещи на хранепіе, нахожденіе вещи въ рукахъ отвѣтчика и т под. Но, положимъ, въ данномъ случаѣ у истца (поклажедателя) нѣтъ никакой сохранной росписки, а также поклажа произведена не въ исключительныхъ случаяхъ ст. 2113 т. X ч. I, можетъ-ли собственникъ въ этомъ случаѣ предъявить искъ о возвращеніи ему имущества, доказывая свое право собственности на это имущество? Въ теоріи[92]) встрѣчается мнѣніе въ утвердительномъ смыслѣ, только съ тѣмъ ограниченіемъ, что истецъ, при доказываніи, уже не долженъ ссылаться на договоръ поклажи, иначе должны имѣть примѣненіе законы о поклажѣ и слѣд., должна быть потребована сохранная росписка. Но если и согласиться съ этимъ мнѣніемъ, то одного доказыванія истцемъ права собственности недостаточно; по закону[93]) «движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано» слѣд., истецъ, доказывая свое право собственности на вещь, долженъ вмѣстѣ съ тѣмъ доказать, что въ моментъ предъявленія иска вещь не составляетъ собственности отвѣтчика; въ результатѣ это доказываніе направляется къ тому, что отвѣтчикъ недобросовѣстно удерживаетъ непринадлежащую ему вещь.

Мы разсмотрѣли обязанность доказыванія въ искахъ, когда поклажепринимать запирается въ пріемѣ имущества на сохраненіе, но вмѣсто прямаго отрицанія отвѣтчикъ можетъ возражать, что имущество отнято у него насильно, или истреблено или повреждено какимъ либо чрезвычайнымъ приключеніемъ (ст. 2105). По смыслу закона (ст. 2106) поклажепринимать обязанъ доказать это свое возраженіе; но освобожденіе его отъ отвѣтственности законъ ставитъ въ зависи-

---

[92]) Paul Pont, l. c. T. VIII стр. 182. 183.

[93]) Ст. 534 т. X ч. 1.

мость еще отъ условія — «если *будетъ доказано*, что истребленіе пропажа или похищеніе сего имущества произошли не отъ какого либо съ его стороны нерадѣнія.» Такимъ образомъ при наличности доказательствъ со стороны поклажепринимателя (отвѣтчика), что съ поклажей произошло чрезвычайное приключеніе, долженъ-ли онъ вмѣстѣ съ тѣмъ доказывать, что съ его стороны не было нерадѣнія, или же истецъ долженъ доказывать нерадѣніе поклажепринимателя при сохраненіи поклажи? Въ разсматриваемомъ случаѣ представляется двѣ категоріи фактовъ: одни — суть обстоятельства, изъ коихъ слагается понятіе чрезвычайнаго приключенія; другіе суть обстоятельства, изъ коихъ слагается понятіе нерадѣнія поклажепринимателя. Перваго рода обстоятельства являются положительно дѣйствующими на установленіе понятія о безотвѣтственности поклажепринимателя; втораго рода обстоятельства являются отрицательно дѣйствующими на это понятіе. Поэтому, только первые суть ближайшія основанія возраженія отвѣтчика, только ихъ онъ долженъ доказывать[94]), и не долженъ доказывать, что не было фактовъ втораго рода[95]). Примѣненіе здѣсь общаго теоретическаго начала оправдывается содержаніемъ 2105 ст.; поклажепринимать не подвергается отвѣтственности за поврежденіе или утрату поклажи чрезвычайнымъ приключеніемъ, «хотя бы даже и *было доказано*, что отвѣтчикъ могъ спасти сіи вещи, но не иначе какъ съ значительною притомъ потерею изъ собственнаго своего имущества». Доказывать, что отвѣтчикъ *могъ спасти* поклажу, очевидно долженъ истецъ; доказывая это обстоятельство, истецъ констатируетъ фактъ нерадѣнія поклажепринимателя: если могъ спасти и не спасъ, значитъ было съ его стороны нерадѣніе о поклажѣ. Установивъ въ такомъ видѣ фактъ нерадѣ-

---

[94]) Сравн. ст. 2105 т. X ч. 1. Paul Pont, l. c. T. VIII, стр. 195 n. 438.

[95]) Gerber, Beiträge. стр. 79, 80. Reinhold l. c. § 14 стр. 160 Сравн. Savigny. Obligat. T. I стр. 204.

нія поклажепринимателя, истецъ долженъ считаться исполнившимъ обязанность доказыванія своей реплики противъ возраженія отвѣтчика, констатировавшаго фактъ чрезвычайнаго приключенія. Факты, совокупность которыхъ тому обстоятельству, что отвѣтчикъ могъ спасти поклажу и не спасъ,—даетъ другое значеніе, устраняетъ характеръ нерадѣнія въ обстоятельствахъ, представленныхъ истцемъ, эти факты отрицательно дѣйствуютъ на понятіе о нерадѣніи, и потому ихъ долженъ доказывать отвѣтчикъ. Такимъ образомъ, когда истецъ представитъ доказательства нерадѣнія, поклажепринимать, отвѣтчикъ въ дупликѣ, заявляя, что онъ хотя и могъ спасти, «но не иначе, какъ съ значительною потерею изъ собственнаго имущества», долженъ доказать факты, которые угрожали потерей собственному имуществу отвѣтчика, если бы онъ сталъ спасать поклажу [96]).

---

[96]) Законъ указываетъ исключительный случай коллизіи охраненія своего собственнаго имущества съ охраненіемъ чужаго имущества, полученнаго на поклажу и не ставитъ въ вину поклажепринимателю, не считаетъ нерадѣніемъ, что онъ не пожертвовалъ своимъ имуществомъ для сохраненія поклажи. Общимъ же началомъ, изъ коего нужно исходить въ опредѣленіи понятія о заботливости или нерадѣніи поклажепринимателя по нашему законодательству признано то, что «принявшій на сохраненіе какія либо вещи деньги или акты обязанъ употреблять къ сбереженію оныхъ отъ всякаго поврежденія, утраты и похищенія *такое же стараніе, какъ и о собственномъ своемъ имуществѣ*». (ст. 2105 т. X ч. 1). Paul Pont (l. c. T. VIII стр. 191, 192), исходя изъ того же начала, что поклажехранитель долженъ заботиться объ охраненіи поклажи такъ же, какъ онъ заботится объ охраненіи своего имущества, говоритъ далѣе: «il faut prendre la prudence du dépositaire dans la gestion des ses affaires pour mesure et pour règle d'appréciation de sa conduite dans la garde du dépôt. Le dépositaire est-il un homme peu soucieux, en général, de ses propres affaires, le déposant n'a pas à se plaindre pourvu qu'il n'ait à reprocher ni vol, ni faute lourde à celui dont il a suivi la foi: debet sibi imputari quod talem elegerit. Le dépositaire est-il, au contraire, un administrateur vigilant et tel que le déposant a pu avoir en lui pleine et entière confiance, il sera responsable s'il a manqué aux précautions qu'il aurait certainement prises pour la garde de sa propre chose. Принципъ, какъ его очень вѣрно указалъ Pothier, заключается въ томъ, что нужно брать во вниманіе не то, на сколько важно данное нерадѣніе само по себѣ in abstacto, но то, на сколько оно важно in concreto, по отношенію къ поведенію лица, въ которомъ нерадѣніе обнаружилось».

Наконецъ, въ статьяхъ X т. о поклажѣ есть указаніе на обязанность доказыванія въ случаѣ, если вещь будетъ отдана на сохраненіе лицу, не имѣющему права обязываться договорами [97]). Ввѣрившій имущество такому лицу «не можетъ начинать иска о возвратѣ онаго, если не докажетъ, что ему при отдачѣ имущества были неизвѣстны обстоятельства, по коимъ взявшій поклажу не могъ принимать ее» (ст. 2102). На практикѣ эта статья чаще всего можетъ имѣть примѣненіе въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ, поклажепринимателъ будетъ возражать, что во время поклажи онъ былъ въ числѣ лицъ, которыя, по закону, не могутъ обязываться этимъ договоромъ [98]). По общему правилу онъ долженъ доказать это свое возраженіе [99]). Затѣмъ истецъ уже въ видѣ реплики долженъ доказывать, что во время поклажи не зналъ о недѣеспособности отвѣтчика. Главный смыслъ ст. 2102 въ томъ и заключается, по моему мнѣнію, что въ искѣ о возвратѣ поклажи, при возраженіи отвѣтчика о недѣеспособности поклажепринимателя, истцу дозволяется сказанная реплика [100]).

---

[97]) Также лицамъ, указаннымъ въ ст. 2101.

[98]) Буквальное выраженіе ст. 2102 предполагаетъ такой случай, когда въ глазахъ суда, при предъявленіи иска, будетъ юридически извѣстнымъ фактъ недѣеспособности поклажепринимателя; въ этомъ случаѣ при предъявленіи иска истецъ долженъ доказывать, что не зналъ объ этой недѣеспособности; и если не докажетъ своего незнанія не можетъ получить обратно отыскиваемую поклажу. Въ такомъ смыслѣ можно только понимать не точное выраженіе ст. 2102: «не можетъ начинать иска о возвратѣ онаго (поклажи)».

[99]) Согласно вышеизложенному (п. 98) пониманію ст. 2102 нельзя утверждать, чтобы статья позволяла отступленіе отъ этого общаго правила, и что одно указаніе отвѣтчикомъ на свою недѣеспособность во время поклажи влекло бы за собою для истца обязанность доказыванія, что отвѣтчикъ былъ дѣеспособенъ или что онъ истецъ не зналъ о недѣеспособности поклажепринимателя.

[100]) Только на основаніи одного обстоятельства что поклажедатель не зналъ о недѣеспособности поклажепринимателя, и можно требовать и получить обратно отъ такого поклажепринимателя поклажу (см. п. 98). Иначе относится къ этому вопросу французское законодательство; по art. 1926 code civil: «если имущество отдано лицемъ дѣеспособнымъ на храненіе лицу не-

Товарищества. Въ постановленіяхъ X тома нѣтъ никакихъ указаній относительно распредѣленія обязанности доказыванія въ искахъ изъ договора товарищества. Только ст. 2132 говоритъ, что къ этому договору «прилагаются всѣ общія правила X т. о составленіи, совершеніи, исполненіи и прекращеніи договоровъ». Потому мы ограничимся однимъ общимъ замѣчаніемъ. Изъ этого договора могутъ возникать иски или товарищей между собою или товарищества къ посторонпимъ лицамъ и на оборотъ иски постороннихъ лицъ къ товариществу. Во всѣхъ означенныхъ случаяхъ специфическимъ обстоятельствомъ является совокупность тѣхъ фактовъ, изъ коихъ слагается понятіе о товариществѣ томъ или другомъ, — полномъ, на вѣрѣ и по участкамъ или компаніи. Эти факты и должны быть доказаны [101]). Письменный договоръ товарищества вообще упрощаетъ на практикѣ рѣшеніе вопроса объ обязанности доказыванія въ этихъ искахъ.

Довѣренность. Относительно договора довѣренности X т. заключаетъ въ себѣ крайне скудныя постановленія (ст. 2291—2334) по содержанію ихъ и вовсе никакихъ указаній по во-

---

дѣеспособному, лице отдавшее имущество, имѣетъ только искъ о возвратѣ имущества, если оно находится у поклажепринимателя, или искъ о вознагражденіи въ размѣрѣ той суммы, какую поклажепринимателъ изъ имущества обратилъ въ свою пользу». Это постановленіе основывается на началѣ, что никто, даже недѣеспособный не долженъ обогащаться на чужой счетъ. Недѣеспособность дѣлаетъ его безотвѣтнымъ только въ томъ смыслѣ, что съ него нельзя взыскивать за нерадѣніе или отсутствіе заботливости о поклажѣ. Paul Pont, l. c. стр. 188. Тоже начало проводитъ и прусское законодательство. Förster, B. II стр. 283 n. 49, 50. Это воззрѣніе западныхъ законодательствъ и теоріи можетъ быть примѣнимо у насъ только къ тому случаю, когда поклажа была сдѣлана хотя у лица недѣеспособнаго, но при исключительныхъ обстоятельствахъ (ст. 2112). Засимъ по нашему законодательству остается открытымъ вопросъ: если истецъ докажетъ, что не зналъ о недѣеспособности поклажепринимателя, можетъ-ли требовать только возврата вещи или также вознагражденія за нерадѣніе по храненію и т. под.? Разсмотрѣніе этого вопроса выходитъ за предѣлы нашего комментарія.

[101]) Напомнимъ, что здѣсь рѣчь идетъ объ искахъ первой категоріи, т. е. такихъ, коими истецъ имѣетъ въ виду установить въ своихъ интересахъ то или другое правоотношеніе.

просу объ обязанности доказыванія въ искахъ изъ этого договора. Остается одно — исходить въ рѣшеніи нашего вопроса изъ понятія о договорѣ довѣренности. Это есть такой договоръ, по которому одно лицо (повѣренный) совершаетъ юридическія дѣйствія вмѣсто другаго лица (довѣрителя) по его уполномочію и отъ его имени [102]). Существенной чертой, характеризующей этотъ договоръ является то, что въ силу его одно лицо является представителемъ другаго лица по уполномочію послѣдняго въ его отношеніяхъ, какъ субъекта права, къ третьимъ лицамъ [103]). Отсюда въ искѣ, основанномъ на договорѣ довѣренности, должна быть доказана специфическая юрид. воля контрагентовъ создающая такое представительство. Дальнѣйшее опредѣленіе предмета обязанности доказыванія зависитъ ближайшимъ образомъ отъ того, что отыскивается на основаніи договора довѣренности и кѣмъ — довѣрителемъ или повѣреннымъ. Довѣритель можетъ предъявить искъ объ исполненіи договора, т. е. объ исполненіи повѣреннымъ своей обязанности по договору. Согласно общему началу теоріи истецъ въ этомъ случаѣ долженъ доказать только существованіе договора [104]), по затѣмъ обязанность доказывать исполненіе лежитъ на отвѣтчикѣ-повѣренномъ. Но здѣсь теорія, различная, точно-ли было опредѣлено полномочіе, обязанности повѣреннаго [105]) или

---

[102]) Puchta, Pandecten § 323. Code civil art. 1984.

[103]) Paul Pont, T. VIII стр. 417 и слѣд. 420. Förster, l. c. T. II стр. 297 п. 12 и ниже.

[104]) Долженъ-ли истецъ доказывать acceptatio полномочія повѣреннымъ? При предъявленіи иска нѣтъ. Но если повѣренный возразитъ, что онъ не принималъ полномочія, то одного простаго заявленія о непринятіи достаточно, и истецъ долженъ доказать принятіе, долженъ доказать факты, составляющіе исполненіе, такъ чтобы ихъ можно было понимать не иначе какъ именно исполненіе довѣренности и чтобы эти факты не могли бы истекать изъ другихъ основаній. Paul Pont, l. c. стр. 447 п. 877.

[105]) Нѣкоторые предметы полномочія должны быть точно означены, иначе говоря объ этихъ предметахъ должны быть спеціальныя полномочія (см. напр. ст. 2312, 2313, 2316 и др. т. X ч. 1 ст. 250 уст. гражд. судопр. сравн. code civil. art. 1988. Въ этомъ случаѣ отвѣтчикъ долженъ доказать спеціальное исполненіе.

въ общихъ чертахъ, въ послѣднемъ случаѣ трактуетъ довѣренность въ смыслѣ полезномъ, болѣе для довѣрителя [106]) Въ нашемъ вопросѣ это значитъ, что когда повѣренный будетъ доказывать, что онъ исполнилъ довѣренность, т. е. совершилъ такія дѣйствія, которыя входятъ въ общее понятіе содержанія данной довѣренности, то для истца возможна реплика, что, по общему содержанію довѣренности, повѣренный больше долженъ былъ сдѣлать, чѣмъ онъ сдѣлалъ; общность выраженій не должна служить препятствіемъ для такой реплики [107]). Далѣе, довѣритель можетъ предъявить искъ о выдачѣ ему всего того, что получено повѣреннымъ вслѣдствіе юридическаго дѣйствія, совершеннаго на основаніи довѣренности. Въ понятіе объ обязанности повѣреннаго входитъ какъ необходимая принадлежность—представленіе довѣрителю отчета объ исполненіи довѣренности [108]), если въ довѣренности нѣтъ спеціальной оговорки, что повѣренный освобождается отъ представленія отчета. Отсюда, довѣритель долженъ доказать только существованіе договора и засимъ уже обязанность отвѣтчика представить отчетъ и значитъ констатировать то, что онъ получилъ при исполненіи довѣренности. Очевидно есть аналогія разсматриваемаго случая съ производствомъ по разсчетамъ объ убыт-

---

[106]) Puchta, Pandecten § 323 n. h.

[107]) Напр. въ случаяхъ полномочія на завѣдываніе имѣніями или дѣлами довѣрителя (по ст. 389 учр. суд устан.) По code civil. art. 1988: «полномочіе, изложенное въ общихъ выраженіяхъ, заключаетъ въ себѣ полномочіе только на управленіе (actes d'administration)». Разсмотрѣніе понятія о завѣдываніи имѣніями или дѣлами, вообще объ управленіи повѣреннымъ—не входитъ въ кругъ нашего комментарія (объ этомъ см. напр. Paul Pont, T. VIII стр. 465—475. Laurent. Principes de droit civil 1877. T. XXVII стр. 472 и слѣд.) Но мы должны замѣтить, что въ этихъ искахъ отвѣтчикъ повѣренный нерѣдко ссылается на то, что онъ сложилъ съ себя полномочіе (ст. 2230 п. 1); въ такомъ разѣ онъ долженъ доказать, что онъ объявилъ объ этомъ въ установленномъ порядкѣ. Наконецъ мы должны замѣтить, что въ искахъ довѣрителя объ исполненіи довѣренности по большей части рѣчь идетъ о вознагражденіи за omnis culpa повѣреннаго. О доказываніи въ искахъ о вознагражденіи см. ниже (III).

[108]) Сравн. art. 1993 code civil. Paul Pont, T. VIII, стр. 510, 511. Förster, l. c. T. II, стр. 312 n. 9b.

кахъ, доходахъ, и издержкахъ; потому въ случаѣ, если отвѣтчикъ не исполнитъ обязанности представленія отчета, то можетъ быть примѣнена ст. 911 уст. гражд. судопр. Впрочемъ уставъ, возлагая на отвѣтчика представленіе отчета, допускаетъ нѣкоторыя совсѣмъ излишнія уклоненія отъ обычнаго теченія производства [109]).

Что касается обязанности доказыванія въ искахъ повѣреннаго противъ довѣрителя, то здѣсь приложимы правила [110]) о доказываніи въ искахъ вообще о вознагражденіи, такъ какъ иски повѣреннаго сводятся къ искамъ о вознагражденіи за издержки повѣреннаго и за omnis culpa довѣрителя по отношенію къ повѣренному. По поводу этихъ исковъ мы ограничимся здѣсь однимъ замѣчаніемъ, что нерѣдко право повѣреннаго на сказанное вознагражденіе часто зависитъ отъ того, переступилъ онъ или нѣтъ предѣлы довѣренности.

Превышеніе полномочія есть фактъ отрицательно дѣйствующій на право повѣреннаго на вознагражденіе; положительно дѣйствующій фактъ есть понесенная издержка повѣреннаго изъ своихъ средствъ для дѣла довѣрителя. Потому истецъ повѣренный и долженъ доказать только этотъ фактъ и не долженъ доказывать, что онъ не переступалъ предѣловъ полномочія, это послѣднее обстоятельство, заявляемое отвѣтчикомъ довѣрителемъ, имъ и должно быть доказано. Далѣе превышеніе полномочія не вредитъ повѣренному, если оно было полезно для довѣрителя, потому при доказательствѣ отвѣтчика о превыше-

---

[109]) Ст. 915 уст. гражд. судопр говоритъ: «Приведеніе (заочнаго) рѣшенія (о суммѣ взысканія) въ исполненіе останавливается, если отвѣтчикъ, явясь въ теченіи мѣсяца со дня предъявленія повѣстки объ исполненіи рѣшенія, представитъ разсчетъ или отчетность и потребуетъ разсмотрѣнія ихъ судомъ. Въ семъ случаѣ первоначальное рѣшеніе суда признается недѣйствительнымъ и въ новомъ рѣшеніи сумма взысканія можетъ быть присуждена и свыше той, какая означена въ первомъ.» Такое уклоненіе представляется вообще совершенно излишнимъ и для истца оно можетъ быть обременительнымъ; отвѣтчику при первоначальномъ производствѣ по ст. 903 уст. гр. суд. дается сроку на представленіе отчета отъ одного до трехъ мѣсяцевъ.

[110]) Которыя будутъ изложены ниже (3).

нін полномочія, истецъ можетъ заявить реплику, что превышеніе было полезно для довѣрителя и обязанъ доказать эту свою реплику.

Этимъ мы заканчиваемъ обзоръ правоотношеній (въ порядкѣ изложенія ихъ по X т.), возстановленіе и реализація которыхъ можетъ быть предметомъ исковъ первой категоріи. При обзорѣ мы имѣли въ виду изложить тѣ указанія X т., какія относятся къ распредѣленію обязанности доказыванія; потому обзоръ не обнимаетъ тѣхъ правоотношеній, о которыхъ въ законѣ нѣтъ никакихъ указаній по нашему вопросу; изъ послѣднихъ правоотношеній только относительно нѣкоторыхъ мы сдѣлали отступленіе, изложили нѣсколько общихъ замѣчаній объ обязанности доказыванія ихъ.

2) *Иски второй категоріи* направляются къ тому, чтобы уничтожить существующее между истцемъ и отвѣтчикомъ правоотношеніе, слѣд. и тѣ обязанности, которыя лежали на истцѣ въ силу этого правоотношенія; въ этомъ освобожденіи истца отъ лежавшихъ на немъ обязанностей главный смыслъ, главная цѣль такихъ исковъ; этимъ они отличаются отъ исковъ первой категоріи, которые, какъ разъ наоборотъ, направляются на возстановленіе и реализацію правоотношеній между истцемъ и отвѣтчикомъ [111]). Въ виду существеннаго различія и противуположности цѣли исковъ второй категоріи, сравнительно съ исками первой категоріи, легко опредѣлить, что̀ истецъ долженъ доказывать въ искахъ второй категоріи. Въ перваго рода искахъ онъ долженъ доказывать, какъ мы видѣли, факты положительно дѣйствующіе на возникновеніе правоотношенія и не долженъ доказывать фактовъ, отрицательно дѣйствующихъ на правоотношеніе, уничтожающихъ его, т. е. не долженъ доказывать отсутствія этихъ фактовъ; во втораго рода

---

[111]) Въ этихъ искахъ также могутъ уничтожаться прежнія права отвѣтчика, но уничтоженіе ихъ не составляетъ цѣли иска, а есть только необходимое слѣдствіе, цѣль же—возстановленіе и реализація права истца по отношенію къ отвѣтчику.

искахъ цѣль противуположная: не возстановленіе, а уничтоженіе правоотношенія, потому истецъ долженъ доказывать, какъ разъ на оборотъ, только факты, уничтожающіе правотношеніе[111a]). Какъ извѣстно, факты эти двоякаго рода: одни могутъ существовать при самомъ возникновеніи правоотношенія и съ того же времени дѣлать его подлежащимъ уничтоженію, другіе впослѣдствіи могутъ возникать и уничтожать правоотношеніе. Остановимся на болѣе выдающихся фактахъ, отрицательно дѣйствующихъ на правоотношеніе, обязанность доказать которые лежитъ, въ нашей категоріи исковъ, на истцѣ. Къ такимъ фактамъ, какъ мы уже имѣли случай указывать, относится 1)неправоспособность лицъ, вступающихъ въ правоотношеніе. Истецъ долженъ доказать только одно—что субъектъ правоотношенія былъ, въ моментъ возникновенія онаго, неправо — или недѣеспособенъ, примѣнительно къ тому, какъ право—и дѣеспособность опредѣляется въ полож. законодательствѣ; затѣмъ, то обстоятельство, что здѣсь не было обмана или что не было подтвержденія правоотношенія субъектомъ по достиженіи имъ правоспособности и т. д. все это истецъ не долженъ доказывать; предметъ его обязанности доказыванія можетъ расшириться только въ томъ случаѣ и послѣ того, когда отвѣтчикъ будетъ доказывать свои возраженія, ослабляющія или уничтожающія основаніе иска [112]). Далѣе, къ такимъ фактамъ, отрицательно дѣйствующимъ на правоотношеніе, принадлежатъ 2)ограниченія, въ силу которыхъ данный объектъ или вообще не подлежитъ гражданскому обороту или не подлежитъ только въ данномъ случаѣ, къ такимъ фактамъ принадлежитъ также 3)отсутствіе условій, при которыхъ только и возможно существованіе

[111a]) Unger, System, § 123 n. 28.

[112]) Излагая ученіе объ обязанности доказыванія въ искахъ первой категоріи, мы тамъ указывали по каждому отдѣльному правоотношенію факты, отрицательно дѣйствующіе на него; эти факты во второй категоріи исковъ служатъ основаніемъ ихъ и должны быть доказываемы истцемъ. Потому въ подробностяхъ мы не будемъ излагать этихъ основаній и ограничиваемся общимъ замѣчаніемъ.

юридической воли, создающей правоотношеніе[113]). Предъявляя искъ на томъ или другомъ изъ этихъ основаній, истецъ долженъ доказать только это основаніе[114]). Такимъ образомъ, въ частности, порокъ правоотношенія будетъ заключаться, положимъ, въ томъ, что въ данномъ случаѣ не было взаимнаго соглашенія, которое должно было лежать въ основѣ правоотношенія. Отсутствіе такого соглашенія, обнаруживаемое въ данномъ фактѣ, и должно быть доказано истцемъ путемъ констатированія этого факта. Точно также, если истецъ представляетъ основаніемъ своего иска *ошибку*, онъ долженъ доказать ее[115]). Мы позволяемъ себѣ привести здѣсь выдержку ихъ труда Römer'a, спеціально занимавшагося вопросомъ объ обязанности доказыванія ошибки. Онъ отмѣчаетъ случаи, когда ошибка исключаетъ существованіе воли, именно 1, когда между волею лица и изъявленіемъ ея есть противорѣчіе, что возможно и въ односторонніхъ и въ обоюдныхъ изъявленіяхъ воли, въ послѣднемъ случаѣ или одинъ субъектъ или оба ошибаются, и 2, когда воля одного субъекта согласна съ изъявленіемъ ея этимъ субъектомъ, но несогласна съ волею и изъявленіемъ другаго субъекта того же правоотношенія. Когда воля субъекта несогласна съ изъявленіемъ ея этимъ субъектомъ вслѣдствіе ошибки, то лице, отыскивающее уничтоженіе юрид. значенія своего

---

[113]) Unger, System. § 91 n. 9—14.

[114]) Въ практикѣ возможны случаи, что сторона—контрагентъ, вступая въ правоотношеніе, знаетъ о данномъ порокѣ послѣдняго; но оно выгодно, и онъ вступаетъ въ правоотношеніе, трактуя его удовлетворяющимъ необходимымъ условіямъ; затѣмъ, оно перестало быть для него выгоднымъ, и онъ предъявляетъ искъ объ уничтоженіи правоотношенія. Истецъ долженъ доказать только порокъ правоотношенія, дѣлающій его подлежащимъ уничтоженію, и не долженъ доказывать, что онъ не зналъ этого порока. Виновность истца долженъ доказывать отвѣтчикъ, если уничтоженіе правоотношенія противно его интересамъ.

[115]) Römer, Die Beweislast hinsichtlich des Irrthum, стр. 19, 35, 57 и 58; вообще § 6 — 8. У него же см. въ какихъ случаяхъ ошибка можетъ служить основаніемъ уничтоженія правоотношенія § 1.

изъявленія, должно доказать ошибку. «Основаніе этого положенія очень просто; къ особенному, непосредственному и существенному понятію о правоотношеніи принадлежитъ именно изъявленіе воли, порождающее, уничтожающее или модифицирующее правоотношеніе; это изъявленіе воли, по общему правилу, должно имѣть то значеніе, что оно создаетъ, уничтожаетъ или модифицируетъ правоотношеніе; всякій моментъ, исключающій такое значеніе изъявленія воли, лежитъ внѣ понятія объ этомъ правоотношеніи и есть препятствіе къ возникновенію онаго и, какъ препятствіе, должно быть доказано». Такимъ образомъ, въ разсматриваемой нами категоріи исковъ истецъ долженъ доказать то заблужденіе, вслѣдствіе котораго оказывается несогласіе между его волей и изъявленіемъ ея. Тоже мы должны сказать и о тѣхъ случаяхъ, когда вслѣдствіе ошибки воля и изъявленіе ея со стороны одного контрагента несогласна съ волей и изъявленіемъ ея со стороны другаго контрагента; въ искѣ объ уничтоженіи такого правоотношенія заблужденіе должно быть доказано истцемъ[116]). Долженъ-ли истецъ, доказывая ошибку, вмѣ-

---

[116]) Замѣтимъ, что, какъ извѣстно, соотвѣтствіе воли одного контрагента и изъявленія ея съ волей и изъявленіемъ другаго контрагента по данному правоотношенію составляетъ существенный моментъ договора; потому для констатированія обоюднаго договора такое единство воли должно быть доказано. Unger, System, § 123 n. 23 a, въ концѣ. Но когда искъ предъявленъ объ уничтоженіи правоотношенія, въ основѣ котораго лежитъ сказанная ошибка, то, значитъ, существованіе этого правоотношенія имѣетъ мѣсто и даетъ себя чувствовать такъ или иначе истцу, что̀ и заставляетъ его предъявить искъ объ уничтоженіи правоотношенія. Потому въ такомъ искѣ ему недостаточно только заявить, что вслѣдствіе ошибки въ данномъ случаѣ нѣтъ единства воли контрагентовъ, и по одному таковому заявленію была бы возложена на отвѣтчика обязанность доказывать единство воли; въ силу того, что договоръ такъ или иначе, всетаки существуетъ, истецъ долженъ не только заявить, но доказать, что въ основѣ фактически существующаго договора лежитъ заблужденіе, исключающее единство юридической воли. контрагентовъ. Сравн. однако Römer l. c. стр. 49, 50. Тоже нужно сказать объ обязанности доказывать ошибку и въ тѣхъ случаяхъ, когда изъявленіе воли контрагентовъ послѣдовало молчаливо; доказывать долженъ тотъ. кто, ссылаясь на ошибку, оспариваетъ правильность вывода, что его дѣйствія заключаютъ въ себѣ изъявленіе воли. Wächter, Württemberg. Privatr. B. II стр. 735.

стѣ съ тѣмъ доказывать и то, что ошибка эта извинительна? Здѣсь важно имѣть въ виду различіе ошибки относительно фактическихъ обстоятельствъ и ошибки относительно юридическихъ нормъ. Ошибка относительно фактовъ, по общему правилу, извинительна; потому кто ссылается на такую ошибку, долженъ доказать только существованіе ея, но не долженъ доказывать, что ошибка извинительна; но противникъ, утверждающій неизвинительность, долженъ доказывать это свое заявленіе[117]), ибо заявленіе его имѣетъ своимъ предметомъ обстоятельство, которое составляетъ исключеніе изъ правила о надлежащемъ значеніи даннаго отношенія (извинительности ошибки), составляетъ препятствіе для надлежащаго значенія вслѣдствіе culpa противника [118]). Въ томъ случаѣ, когда истецъ ссылается на ошибку относительно собственныхъ дѣйствій, такая ошибка, по правилу, считается неизвинительной, а потому истецъ долженъ доказать не только фактъ ошибки, но и то, что она извинительна, т. е. что въ ошибкѣ его не было грубаго неразумѣнія[119]). Ошибка въ правѣ, по общему правилу, неизвинительна; потому истецъ, ссылаясь на ошибку въ правѣ, долженъ доказать, что въ данномъ случаѣ она была извинительна[120]). Наконецъ, ошибка можетъ состоять въ субсумціи фактовъ подъ ту или другую юридическую норму; считать-ли эту ошибку ошибкой въ фактѣ или въ правѣ [121])? Ошибка, состоящая въ неправильной субсумціи факта подъ юридическую норму, можетъ быть то фактической ошибкой, то юридической ошибкой; она можетъ быть юридической ошибкой, если данные юридическіе факты извѣстны

---

[117]) Понятіе нѣмецкой практики объ извинительной ошибкѣ и обязанности доказыванія ея см. въ рѣшеніи, приведенномъ у Малинина, Судебное признаніе въ гражданскихъ дѣлахъ, стр. 106 и 12а.

[118]) Römer, l. c. стр. 30.

[119]) Römer, l. c. стр. 31.

[120]) Unger, System, § 77 n. 19. Когда ошибка въ правѣ извинительна и что, слѣд., истецъ, ссылаясь на нее, можетъ доказывать объ этомъ см. Unger, § 77 n. 12—14.

[121]) Одни (Savigny и Sintenis) считаютъ ошибку въ субсумціи фактической, другіе (Puchta и Wächter) юридической.

точно и ясно, между тѣмъ юридическая норма даетъ поводъ къ различнымъ толкованіямъ за и противъ приложенія ея; здѣсь ошибаются въ толкованіи и примѣненіи данной юри-юридической нормы, слѣд. ошибаются in jure. Если же, напротивъ, юридическая норма не подлежитъ сомнѣнію, но юридическій фактъ представляется неяснымъ, то имѣетъ мѣсто неправильное примѣненіе юридической нормы вслѣдствіе того, что фактическій субстратъ ея неясенъ, и слѣд., въ данномъ случаѣ будетъ error facti[122]). Какая, въ данномъ случаѣ окажется ошибка, соотвѣтственно тому должно опредѣлять и обязанность доказыванія: если юрид. ошибка, тогда, значитъ, съ доказываніемъ существованія ошибки нужно доказывать и извинительность ея;—если только фактическая ошибка, тогда истцу, значитъ, нужно доказывать только существованіе ошибки и не нужно доказывать ея извинительность, дѣло отвѣтчика доказывать неизвинительность.

Сюда же относится случай обязанности доказыванія при condictio indebiti. Лице произвело, положимъ, уплату; оказывается послѣ, что оно не было должнымъ, была сдѣлана, значитъ, уплата недолжной суммы, лице это предъявляетъ искъ объ обратной выдачѣ ему его уплаты. Что истцемъ должно быть доказано въ этомъ искѣ? Одно-ли то, что уплата была не должная или вмѣстѣ нужно доказывать ошибку? Дѣло въ томъ, что не всегда съ доказываніемъ не должной уплаты необходимо констатируется право истца на обратное требованіе; истецъ, положимъ, докажетъ, что долговаго отношенія не было, а деньги были уплачены; но засимъ остается открытымъ вопросъ, что деньги можетъ быть были вручены, какъ подарокъ напр. и слѣд. право отвѣтчика на деньги не является разрушеннымъ. Потому, въ видѣ общаго правила, нужно признать, что въ этомъ искѣ истецъ долженъ доказать не только то, что долговаго отношенія не было, но и то, что уплата была произведена по

---

[122]) Unger, System, § 77 стр. 33, 34.

ошибкѣ [123]). Конечно, на практикѣ можетъ встрѣтиться такая комбинація фактическихъ обстоятельствъ, что доказывая отсутствіе долговаго отношенія [124]) истецъ тѣмъ самымъ констатируетъ ошибку [125]). Констатированіе ошибки въ этомъ случаѣ происходитъ путемъ умозаключенія суда, а потому суду должно быть предоставлено право на основаніи данныхъ конкретныхъ обстоятельствъ [126]) рѣшить вопросъ, была-ли со стороны истца ошибка въ уплатѣ недолжнаго, и слѣд. доказалъ-ли онъ свое исковое право на возвратъ уплоченнаго [127]). И такъ,

---

[123]) Stubenrauch, Kommentar zur all. österr. bürg. Gesetzbuch. 1876. T. III стр. 509, 510. Römer, l. c. стр. 56. и слѣд. Seuffert, Archiv, B. I n. 58.

[124]) Сравн. Förster, Theorie und Praxis B. II стр. 449 n. 71. Онъ считаетъ ошибку доказанной «если истецъ докажетъ, что долгъ, по которому произведена уплата, не существовалъ или что не было долгу по отношенію къ отвѣтчику, или что истецъ отдалъ не тотъ предметъ, который долженъ былъ отдать по обязательству». Нѣмецкая практика высказывается по этому вопросу въ томъ смыслѣ, что «достаточно доказать, что долгъ не возникалъ тѣмъ способомъ, какъ утверждаетъ кредиторъ, отъ котораго обратно требуется недолжная уплата. Въ этомъ случаѣ истцу нѣтъ надобности доказывать, что долгъ не могъ возникнуть другимъ какимъ-либо способомъ». Seuffert, Archiv. B. VII n. 55.

[125]) Seuffert Archiv. B. XVII n. 248, также XV n. 195., но нѣмецкая практика въ этомъ случаѣ заходитъ слишкомъ далеко, утверждая, что «когда доказано indebitum, ошибка подразумѣвается, пока не будетъ доказано противное».

[126]) Bähr, Anerkennung, als Verpflichtungsgrund. 1867. стр. 84 (4) по поводу этого вопроса говоритъ: «Мнѣ кажется ошибочнымъ исходить въ этомъ ученіи изъ абстрактныхъ положеній. Свободное усмотрѣніе судьи, его здравый смыслъ должны быть рѣшающими въ каждомъ конкретномъ случаѣ. Но при этомъ Беръ совѣтуетъ суду «никогда не упускать изъ виду, что и строгости юридическихъ нормъ имѣютъ свое оправданіе и заслуживаютъ предпочтеніе предъ *слабымъ* чувствомъ справедливости, которое не можетъ вести далѣе часто только кажущагося результата, что никто не долженъ обогащаться на чужой счетъ».

[127]) Излагая ученіе объ обязанности доказыванія при condictio indebiti мы не можемъ пройти молчаніемъ L. 25 (22,3) D, который подалъ поводъ въ теоріи къ неодинаковымъ опредѣленіямъ обязанности доказыванія. Мы изложимъ содержаніе этого закона: Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum? Въ рѣшеніи этого вопроса представляются двѣ гипотезы: 1) при предъявленіи condictio indebiti отвѣтчикъ можетъ отрицать,

въ результатѣ всетаки прямо или путемъ умозаключенія, но судъ на основаніи доказательствъ истца долженъ убѣдиться въ ошибкѣ истца; значитъ истецъ долженъ въ результатѣ доказать предъ судомъ ошибку. Далѣе, согласно общему правилу, истцу нѣтъ надобности доказывать извинительность ошибки въ уплатѣ недолжнаго[128]); но отвѣтчику должно быть предоставлено право доказывать, что истецъ производя уплату зналъ о несуществованіи долга [129]).

Наконецъ, мы должны разсмотрѣть вопросъ объ обязанности доказыванія при condictio causa data causa non secuta. Въ рѣшеніи этого вопроса прежде всего нужно

что получилъ rem vel pecuniam indebitam; если, при такомъ отрицаніи отвѣтчика, истецъ докажетъ уплату (solutionem), то уже не истецъ долженъ доказывать, что уплочены недолжныя деньги, но отвѣтчикъ, что получилъ уплату дѣйствительнаго долга. Очевидно, такое распредѣленіе обязанности доказыванія основывается на томъ, что отвѣтчикъ недобросовѣстно отрицалъ вообще полученіе уплаты. Разъ сказаннымъ путемъ обнаруживается недобросовѣстность отвѣтчика, ему нѣтъ больше вѣры по данному дѣлу. Потому, въ рѣшеніи продолжающаго быть открытымъ вопроса, должныя деньги уплочены или недолжныя, хотя заявленія и истца и отвѣтчика будутъ голословны, но противъ отвѣтчика существуетъ недовѣріе, и вотъ на него возлагается обязанность доказать свое заявленіе, что ему деньги уплочены должныя, а не на истца что уплочены деньги недолжныя. Признать въ этомъ случаѣ за отвѣтчикомъ право требовать доказательствъ уплаты недолжнаго было бы, по выраженію Lex'a, абсурдомъ. Другая гипотеза относится къ тому случаю, когда при предъявленіи condictio indebiti, отвѣтчикъ не отрицаетъ, но признаетъ, что получилъ деньги, только прибавляетъ, что получилъ деньги должныя. Такое заявленіе отвѣтчика не измѣняетъ обыкновеннаго порядка въ распредѣленіи обязанности доказыванія, т. е. что отвѣтчикъ пользуется commodum possessoris, на истцѣ же лежитъ onus probandi; (въ данномъ случаѣ въ Lex'ѣ указываются ближайшія основанія такихъ commodum и onus: qui enim solvit nunquam ita resupinus est ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat; et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse). И такъ, при второй гипотезѣ истецъ долженъ доказать, что или вслѣдствіе обмана со стороны противника или по какой либо другой основательной причинѣ невѣдѣнія произвелъ недолжную уплату. См. L. 25 princ. Bähr, l. c. стр. 86, 87. Römer, l. c. стр. 59 и слѣд.

[128]) Seuffert, Archiv. B. VII n. 51. B. II n. 187.

[129]) Сравн. Bähr, l. c. стр. 85.

установить понятіе о causa въ отличіе отъ условія. Causa, въ техническомъ смыслѣ слова, есть ничто иное, какъ юридическое основаніе самаго по себѣ уже окончательнаго обязательства или прямаго распоряженія имуществомъ, условіе же есть такая форма предварительнаго, не окончательнаго обязательства или распоряженія имуществомъ, посредствомъ котораго распоряжающаяся воля ставитъ на ряду съ собою координирующимъ съ ней юридическимъ факторомъ какое либо фактическое обстоятельство[130]). Какъ юридическое основаніе обязательства или распоряженія имуществомъ causa представляетъ собою два момента — субъективный и объективный; въ субъективномъ моментѣ causa представляетъ *предустановленную цѣль*, которая исполненію обязательства придаетъ характеръ юридической функціи; въ объективномъ моментѣ она представляетъ собою дѣйствительно *достигнутую цѣль*, объективно полное юридическое основаніе. Далѣе, causa различается на praecedens, praesens и futura. Въ первыхъ двухъ случаяхъ оба момента caus'ы, и субъективный и объективный, сливаются въ одномъ; при causa futura оба момента съ самаго начала представляются раздѣленными, субъективный предшествуетъ объективному и послѣдній всегда предоставляется неизвѣстному будущему. Потому causa futura должна быть названа не полнымъ юридическимъ основаніемъ. Это различіе caus'ы на полную и неполную имѣетъ весьма существенное значеніе. Конечно, если существуетъ одинъ только субъективный моментъ caus'ы, то, само по себѣ, это обстоятельство не препятствуетъ дѣйствительности правоотношенія; отрицать за этимъ субъективнымъ моментомъ caus'ы всякое положительное юридическое значеніе нельзя; но съ другой стороны и придавать одной субъективной caus'ѣ силу полной caus'ы тоже нельзя; это значило бы нарушать требованія справедливости, недопускающей, чтобы кто либо обогащался на

---

[130]) Вмѣсто всѣхъ другихъ по вопросу о доказываніи въ этихъ искахъ см. Gerber, Beiträge §§ 35—40.

чужой счетъ. И такъ, съ одной стороны субъективный моментъ caus'ы долженъ имѣть положительное юридическое значеніе, съ другой стороны—должны быть уважаемы требованія справедливости; нужно такимъ образомъ примиреніе. И оно представляется въ томъ, что, коль скоро нѣтъ объективнаго момента caus'ы, должно быть признано существованіе обязанности для одного, положимъ, контрагента возвратить полученное, а для другаго право требовать такого возвращенія. Что же въ искѣ о такомъ правѣ долженъ доказывать истецъ? Мы сейчасъ видѣли, что служитъ въ этомъ случаѣ основаніемъ права истца и соотвѣтствующей обязанности отвѣтчика,— это именно недостатокъ caus'ы, недостатокъ въ ней объективнаго момента. Этотъ недостатокъ, отсутствіе объективной caus'ы, соединенное съ нимъ обязательство отвѣтчика въ разсматриваемомъ случаѣ существуетъ съ самаго *начала* возникновенія правоотношенія и обыкновенно формулируется въ актѣ укрѣпленія, т. е. упоминается, что сдѣлка заключена по causa futura; значитъ—истецъ долженъ доказать только одно, что сдѣлка была по causa futura; наличностью этого обстоятельства должно констатироваться въ глазахъ суда право истца требовать возврата вещи; наступленіе объективнаго момента caus'ы или возвратъ вещи—суть обстоятельства отрицательно дѣйствующія на право истца, а потому, согласно общему правилу, не истецъ долженъ доказывать, что этихъ отрицательно дѣйствующихъ на его право обстоятельствъ не было, но отвѣтчикъ, что они были[131]).

---

[131]) Съ изложенными спеціальными исками по causa futura не должно смѣшивать исковъ объ уничтоженіи договора на основаніи вообще неисполненія или нарушенія онаго другимъ контрагентомъ Разсмотрѣніе этого вопроса относится къ матеріальному праву. Замѣтимъ, что касс. практика высказывается противъ права одного контрагента просить объ уничтоженіи договора при неисполненіи онаго другимъ контрагентомъ. 1867 г. № 529. Противное мнѣніе см. Gerber, l. c. стр. 125, 126. Впрочемъ касс. сенатъ, согласно съ теоретическимъ возрѣніемъ, признаетъ «*право требовать* въ видѣ вознагражденія убытковъ *возврата денегъ заплоченныхъ по неисполненному условію*» 1867 г. № 806.

3) Третью категорію исковъ, которую нужно различать, по нашему мнѣнію, въ ученіи объ обязанности доказыванія, представляютъ *иски о вознагражденіи за вредъ и убытки.* По ст. 574 (т. X ч. I) «всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому либо вредъ и убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой производятъ право требовать вознагражденіе». Такимъ образомъ наше законодательство въ видѣ общаго правила признаетъ, что искъ о вознагражденіи основывается на фактѣ причиненія вреда, ущерба или убытковъ. Слѣд. во всѣхъ такого рода искахъ истецъ долженъ доказать, что со стороны отвѣтчика ему нанесены убытки или его имуществу причиненъ вредъ[132]). Въ частности, какіе пункты должны быть доказаны истцемъ въ этихъ искахъ — это опредѣляется соотвѣтственно тому отношенію, въ какомъ отвѣтчикъ находится къ факту причиненія вреда или убытковъ. Въ главѣ VI, отд. II о вознагражденіи за вредъ и убытки, поставивши вышеизложенное (ст. 574) основное начало, наше законодательство указываетъ троякаго рода отношеніе отвѣтчика къ причиненному вреду и убыткамъ; вредъ и убытки могутъ быть причинены чужому имуществу: а) вслѣдствіе *владѣнія* онымъ (ст. 609 — 643), б) *преступленіемъ* или *про-*

---

[132]) Code civil art. 1382 опредѣляетъ: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui *par la faute* duquel il est arrivé, à le reparer». Слова par la faute заставляютъ Laurent'a (Principes T. XX стр. 586) возлагать на истца въ искѣ о вознагражденіи за вредъ обязанность доказывать la faute, negligence ou imprudence. Такой выводъ едвали вѣренъ въ виду art. 1384, по которому «on est responsable non seulement du dommage *que l'on cause par son propre fait*..... Впрочемъ Laurent оговаривается, что доказать la faute въ этихъ случаяхъ очень легко puisqu'il suffit de la faute la plus légère, и потому вопросъ этотъ, по его мнѣнію, не долженъ возбуждать спора l. c. стр. 586. Наша кассац. практика признаетъ, что «въ искахъ объ убыткахъ безусловно требуется отъ истца. ... доказать существованіе въ наличности убытка». 1875 г. № 1038. Въ другомъ рѣшеніи кассац. сенатъ говоритъ: «въ данномъ случаѣ (искѣ о вознагражденіи вреда) на истцѣ лежала обязанность *доказать только фактъ причиненія ему убытка* и размѣра понесенной имъ потери. 1875 г. № 484, также № 335.

ступкомъ (ст. 644 — 683) и в) *дѣяніемъ*, непризнаваемымъ за преступленіе или проступокъ (ст. 684—689).

а) Въ первомъ случаѣ законъ различаетъ добросовѣстный былъ владѣлецъ или недобросовѣстный. Обыкновенно здѣсь иску о вознагражденіи предшествуетъ искъ о возвращеніи имѣнія изъ незаконнаго владѣнія или вмѣстѣ съ этимъ искомъ предъявляется исковое требованіе о вознагражденіи; во всякомъ случаѣ, истецъ—собственникъ долженъ доказывать недобросовѣстность владѣнія, иначе оно трактуется какъ добросовѣстное, тѣмъ болѣе что здѣсь съ констатированіемъ недобросовѣстности владѣнія для истца соединяются особыя права на вознагражденіе. Недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ вознаградить за *весь* причиненный чужому имуществу въ продолженіи владѣнія онымъ и *доказанный* надлежащимъ изслѣдованіемъ *вредъ*..... и за причиненные хозяину имущества чрезъ завладѣніе также надлежащимъ изслѣдованіемъ доказанные *убытки* (ст. 610 п. п. 1,3). И такъ истецъ, кромѣ недобросовѣстности владѣнія имуществомъ, долженъ доказать, что имуществу дѣйствительно причиненъ вредъ и если, далѣе, истецъ предъявляетъ вмѣстѣ требованіе о вознагражденіе за убытки, причиненные хозяину имущества, то долженъ доказать, что эти убытки дѣйствительно причинены хозяину и именно чрезъ завладѣніе. Законъ указываетъ, въ частности, случаи причиненія ущерба имуществу, путемъ отчужденія отдѣльныхъ участковъ земли (ст. 612), земледѣльческихъ орудій и другихъ принадлежащихъ къ имѣнію предметовъ (рабочій скотъ и т. под., ст. 613). Изъ приведенныхъ указаній закона нельзя не видѣть, что законъ отличаетъ случаи ущерба, произведеннаго владѣльцемъ-отвѣтчикомъ *по его волѣ* (продажа, дареніе, при чемъ о владѣльцѣ выражается: проданные *имъ* предметы, полученныя *имъ* деньги подъ залогъ имѣнія). Отсюда нельзя не заключить, что, доказывая причиненіе имуществу ущерба, истецъ долженъ доказывать, что имуществу причиненъ извѣстный опредѣленный родъ ущерба недобросовѣстнымъ владѣльцемъ по его волѣ. Это послѣднее обстоятельство весьма важно замѣтить, такъ какъ

въ тѣхъ случаяхъ, когда вредъ причиненъ не по волѣ недобросовѣстнаго владѣльца, для истца обязанность доказыванія опредѣляется нѣсколько иначе. Разъ истецъ не можетъ доказать, что вредъ причиненъ такимъ способомъ (напр. однимъ изъ вышеупомянутыхъ), по внѣшнимъ признакамъ котораго легко можно видѣть, что онъ совершенъ по распоряженію или не безъ воли владѣльца, то остается двоякая возможность, именно: или «вредъ произошелъ такого рода, что оный въ естественномъ порядкѣ вещей можно было и надлежало предвидѣть и предотвратить» (ст. 619), или вредъ былъ случайный, безъ всякой учинившаго оный неосторожности или небрежности (сравн. ст. 647). Обстоятельства, причинившія въ такомъ случаѣ вредъ, по своей внѣшней обстановкѣ, могутъ быть таковы, что съ перваго взгляда являются независящими отъ воли владѣльца, напримѣръ эпизоотическія болѣзни, уничтожившія скотъ въ имѣніи. Если обстоятельство такого характера констатировано предъ судомъ, хотя бы только простымъ упоминаніемъ о немъ въ исковомъ прошеніи, то на истцѣ лежитъ обязанность представить и доказать такіе факты, изъ которыхъ бы явствовало, что въ естественномъ порядкѣ вещей владѣлецъ могъ и долженъ былъ предвидѣть и предотвратить означенный вредъ; доказывая означенные факты истецъ констатируетъ небрежность владѣльца, за которую тотъ и долженъ нести отвѣтственность по ст. 619. Если же истецъ въ исковомъ прошеніи констатируетъ только фактъ уменьшенія скота въ имѣніи, то отвѣтчикъ долженъ представить и доказать тѣ случайныя обстоятельства, которыя произвели падежъ скота, а затѣмъ истецъ долженъ доказывать, что была небрежность владѣльца, по которой падежъ не былъ предвидѣнъ и предотвращенъ. Изложенныя общія начала обязанности доказыванія при исковомъ требованіи о вознагражденіи за вредъ, происшедшій не по волѣ и распоряженію владѣльца—эти начала извлечены изъ первой половины 619 ст. И такъ, когда въ производствѣ предъ судомъ констатируется вредное обстоятельство, которое, по внѣшнимъ своимъ признакамъ, является дѣйствующимъ не по волѣ или распоря-

женію владѣльца, истецъ долженъ доказать, что была небрежность со стороны владѣльца; небрежность владѣльца будетъ на лицо, если истецъ докажетъ, что въ естественномъ порядкѣ вещей *можно было и надлежало предвидѣть и предотвратить* происшедшій вредъ; слѣд. истецъ въ этомъ случаѣ долженъ доказать *возможность и настоятельную надобность* предусмотрѣнія и предотвращенія вреда. Съ точки зрѣнія этого общаго начала нужно объяснять и вторую половину той же 619 ст. Въ этой половинѣ рѣчь идетъ о вознагражденіи за скотъ, павшій во время эпизоотической болѣзни: согласно вышеизложенному началу истецъ въ этомъ случаѣ долженъ доказать возможность и необходимость предусмотрѣнія и предупрежденія вреда; конечно онъ можетъ доказывать это, констатируя, что владѣльцемъ «не были приняты предписанныя мѣры предосторожности», но это не значитъ, что небрежность владѣльца онъ можетъ доказать только констатируя непринятіе имъ мѣръ предосторожности согласно первой половинѣ ст. 619, небрежность владѣльца будетъ доказана, если истецъ констатируетъ, что можно было и надлежало вообще предвидѣть и предотвратить вредъ. *Размѣръ* вознагражденія, по правилу, опредѣляется цѣнами, какія существуютъ во время прекращенія незаконнаго владѣнія. Если истецъ будетъ заявлять претензію на бо́льшій размѣръ, заявлять, что предметы во время отчужденія имѣли болѣе высокія цѣны, то онъ долженъ доказать это свое заявленіе (ст. 621).

Выше было замѣчено, что наше законодательство отличаетъ случаи исковыхъ требованій съ недобросовѣстнаго владѣльца о вознагражденіи *за убытки*, причиненные *хозяину* имущества. Мы уже сказали, что здѣсь истецъ долженъ доказать, что убытокъ произошелъ именно чрезъ завладѣніе, чрезъ то, что имѣніе находилось въ такихъ рукахъ. Дальнѣйшее и болѣе конкретное развитіе этой мысли мы находимъ въ 624 ст. По мысли этой статьи убытки чрезъ завладѣніе могутъ быть вслѣдствіе того, что были оставлены владѣльцемъ безъ обработки такіе источники дохода, которые законнымъ владѣльцемъ уже были открыты и которыхъ обрабатываніе начато было. Слѣд. истецъ въ искѣ о вознагражденіи убытковъ

долженъ доказать фактъ небрежности владѣльца въ поддержаніи существовавшихъ уже въ имѣніи источниковъ дохода. Тоже самое нужно сказать, когда вообще доходы имѣнія уменьшились сравнительно съ среднимъ доходомъ послѣднихъ пяти, предшествовавшихъ недобросовѣстному владѣнію, лѣтъ. Отвѣтчикъ можетъ устранить отъ себя отвѣтственность за убытки тѣмъ, что будетъ доказывать, что причиной убытковъ были какіе либо несчастные случаи. И такъ, истцу недостаточно доказать фактъ прекращенія или уменьшенія доходовъ; онъ долженъ доказать вышеизложенныя причины прекращенія или уменьшенія существовшихъ прежде доходовъ имѣнія.

Что касается случаевъ, когда владѣлецъ, отъ коего отсуждается имѣніе, былъ добросовѣстнымъ, то онъ обязанъ вознаградить за всякое произвольное въ имѣніи истребленіе или поврежденіе, уменьшающее цѣну онаго и за все то, что имъ отдѣлено отъ имѣнія для передачи, подарка и продажи, за исключеніемъ предметовъ, составляющихъ часть доходовъ съ имѣнія (ст. 634, также 643 въ концѣ). Истецъ-собственникъ, претендуя на означенное вознагражденіе, долженъ доказать, что истребленіе или поврежденіе владѣльцемъ было *произвольно*, или что отчужденіе произведено для передачи, подарка или продажи. Что въ частности истецъ долженъ доказывать для констатированія произвольнаго истребленія или поврежденія въ имѣніи? Ст. 634 сперва указываетъ, что за поврежденіе, происшедшее случайно, или отъ времени и отъ другихъ естественныхъ причинъ, добросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ, затѣмъ статья говоритъ, что за произвольное поврежденіе онъ отвѣчаетъ. Сопоставляя означенныя основанія отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца нужно притти къ заключенію, что истецъ въ искѣ о вознагражденіи съ добросовѣстнаго владѣльца долженъ доказать, что *поврежденіе, вообще уменьшеніе въ имѣніи, произошло прямо по распоряжающейся волѣ владѣльца.*

б) Искъ можетъ быть предъявленъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ или проступкомъ. По вопросу объ обязанности доказыванія въ этихъ искахъ, нужно, прежде всего, сдѣлать то общее замѣчаніе, что обыкно-

венно этимъ искамъ предшествуетъ уголовное производство и рѣшеніе по обвиненію даннаго лица въ томъ дѣяніи, которое причинило вредъ и убытки и слѣд. основанія иска въ гражданскомъ судѣ противъ этого лица, въ большинствѣ случаевъ, констатируются рѣшеніемъ уголовнаго суда. Но съ точки зрѣнія гражданскаго судопроизводства по вопросу объ обязанности доказыванія существенно важнымъ обстоятельствомъ (какъ и въ вышеизложенныхъ (а) искахъ о вознагражднін съ незакопнаго владѣльца) служитъ, по смыслу 644 ст., констатированіе совершенія *даннымъ лицемъ факта* преступленія, причинившаго вредъ и убытки; при чемъ, само собою разумѣется, должна быть указана связь между преступнымъ дѣяніемъ и убытками или вредомъ. Разъ эти обстоятельства доказаны, значитъ истцемъ констатировано его право на вознагражденіе за всѣ *непосредственно* причиненные симъ дѣяніемъ убытки и вредъ. Затѣмъ въ законѣ есть указаніе на элементы, увеличивающіе объемъ этого права по его предмету и элементы, уничтожающіе это право. Такъ, ст. 645 говоритъ: «если притомъ будетъ *доказано*, что преступленіе или проступокъ совершены именно *съ намѣреніемъ* причинить какіе либо болѣе или менѣе важные потерпѣвшему отъ онаго убытки или потери, то виновный обязанъ вознаградить не только за убытки, непосредственно происшедшіе отъ сего дѣянія, но и за всѣ тѣ, хотя болѣе *отдаленные*, которые имъ дѣйствительно *съ симъ намѣреніемъ причинены*». По нашему вопросу въ примѣненіи этой статьи нужно соображаться съ рѣшеніемъ (обвинительнымъ) уголовнаго суда по дѣлу. Если въ рѣшеніи уголовнаго суда дѣяніе признано непредумышленнымъ, ненамѣреннымъ, то истецъ, по силѣ этого рѣшенія, не можетъ быть допущенъ къ доказыванію, что дѣяніе было совершено съ намѣреніемъ, и въ этомъ случаѣ должна быть примѣнена ст. 644 (т. X ч. 1). Если же въ уголовномъ рѣшеніи дѣяніе признано предумышленнымъ, то весьма существенно для примѣненія ст. 645, чтобы судъ гражданскій точно опредѣлилъ, какого рода намѣреніе признано судомъ уголовнымъ. Обыкновенно уголовный

судъ вопросъ объ умыслѣ рѣшаетъ въ томъ смыслѣ, что былъ умыселъ совершить данное преступное дѣяніе; если въ уголовномъ рѣшеніи окажется такая именно формулировка, констатирующая умыселъ, то въ гражданскомъ искѣ такого уголовнаго рѣшенія недостаточно для примѣненія ст. 645. Право истца на вознагражденіе причиненныхъ преступленіемъ вреда и убытковъ болѣе *отдаленныхъ* основывается, по ст. 645, на томъ, что эти отдаленные убытки и вредъ причинены по намѣренію виновнаго, т. е. что у него было намѣреніе причинить именно эти отдаленные вредъ и убытки. Потому, истецъ, хотя и будетъ уголовное рѣшеніе объ умышленности дѣянія, долженъ, чтобы воспользоваться означеннымъ правомъ на вознагражденіе, доказать этотъ спеціальный умыселъ, спеціальное намѣреніе отвѣтчика причинить отдаленные вредъ и убытки.

Итакъ, намѣреніе или умыселъ отвѣтчика причинить вредъ и убытки является элементомъ положительно дѣйствующимъ въ возникновеніи права истца на вознагражденіе, именно расширяетъ это право по его матеріальному объему. Въ ст. 647 (т. X ч. 1) нужно видѣть указаніе на элементъ отрицательно дѣйствующій на право истца по вознагражденію; по этой статьѣ «не подлежитъ вознагражденію вредъ, происшедшій отъ дѣянія *случайнаго*». По общему основному началу теоріи истецъ долженъ доказать только элементы положительно дѣйствующіе на образованіе отыскиваемаго права и не долженъ доказывать, что не было элементовъ отрицательно дѣйствующихъ на это право, въ данномъ случаѣ, значитъ, не долженъ доказывать, что дѣяніе не было случайнымъ. Дѣло отвѣтчика, возражающаго противъ требованій истца, доказать, что преступное дѣяніе было случайнымъ, и потому, по ст. 647, онъ неотвѣтственъ за причиненные его дѣяніемъ вредъ и убытки. Замѣтимъ, кстати, что отвѣтчикъ, по смыслу означенной статьи, свое возраженіе можетъ основывать на томъ, что дѣяніе его было случайно; недостаточно, если онъ докажетъ, что съ его стороны не было намѣренія, и даже, что не было не-

осторожности: онъ долженъ доказать, что была именно случайность[133]).

в) Кромѣ двухъ изложенныхъ причинъ вреда и убытковъ —владѣнія чужимъ имуществомъ и преступленія или проступка,—наше законодательство указываетъ, какъ мы выше замѣтили, еще причину вреда и убытковъ—какое либо дѣяніе или упущеніе, вслѣдствіе коего произошелъ вредъ, хотя бы это дѣяніе не было преступленіемъ или проступкомъ (ст. 684 т. X ч. 1). Мы видѣли, что общее основное начало по вопросу о вознагражденіи за вредъ и убытки, то, что право на вознагражденіе и обязанность платить оное создаются прежде всего фактомъ причиненія вреда (ст. 574 т. X ч. 1). Нѣтъ сомнѣнія, что это начало приложимо и къ разсматриваемой (в) категоріи исковъ о вознагражденіи; ст. 574 помѣщена первой въ главѣ о вознагражденіи за вредъ, затѣмъ слѣдуетъ раздѣленіе вознагражденія на три категоріи, такимъ образомъ по мысли законодателя статья эта является руководящимъ принципомъ въ ученіи о всѣхъ трехъ категоріяхъ вознагражденія; и мы видѣли, что этотъ принципъ послѣдовательно проводится въ постановленіяхъ закона, относящихся къ первымъ двумъ категоріямъ. Согласно общему началу ст. 574 мы должны объяснять и ст. 684, т. е. должны сказать, что первая половина ея — «всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому либо его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка»— выражаетъ сказанное общее начало въ приложеніи его къ случаямъ вознагражденія за причиненіе вреда дѣяніемъ или упущеніемъ, которыхъ нельзя назвать преступными, и что слѣд., въ искѣ о вознагражденіи за вредъ, причиненный такимъ дѣяніемъ или упущеніемъ, истецъ долженъ доказать только фактъ причиненія

[133]) Въ виду ст. 684 т. X ч. I кромѣ случайности отвѣтчикъ можетъ приводить возраженіе, что онъ находился въ состояніи необходимой обороны и т. под. Представлять доказательства, опровергающія случайность дѣянія, истецъ не можетъ быть допущенъ, если уголовное рѣшеніе признало дѣяніе случайнымъ.

вреда данным дѣяніемъ или упущеніемъ отвѣтчика. Въ виду вышеизложеннаго нужно понимать вторую половину 684 ст. въ томъ смыслѣ, что, перечисляя пункты, которые должны быть доказаны истцемъ, законъ этимъ указываетъ не то, что эти пункты должны быть доказаны истцемъ для констатированія своего права въ первый моментъ состязаній до возраженій отвѣтчика, право на вознагражденіе констатируется доказательствомъ факта причиненія вреда; законъ хочетъ сказать только одно, что въ случаѣ возраженій отвѣтчика (что онъ причинилъ вредъ вслѣдствіе требованій закона, правительства или по необходимой личной оборонѣ), въ результатѣ спора оказалось бы, что этихъ обстоятельствъ не было, словомъ вторая половина статьи 684 указываетъ только, каковъ долженъ быть конечный результатъ возраженій и доказыванія, дабы право истца на вознагражденіе было признано судебнымъ рѣшеніемъ[134]). И такъ, въ искѣ по ст. 684 истецъ долженъ доказать, что дѣяніемъ или упущеніемъ даннаго лица ему причиненъ вредъ, долженъ согласно началамъ теоріи доказать положительный элементъ; отвѣтчикъ возражающій, что онъ былъ принужденъ къ вредному дѣянію требованіемъ закона и т. д., заявляетъ объ элементахъ отрицательно дѣйствующихъ на право истца[134а]), потому долженъ доказать свои возраженія; затѣмъ истецъ долженъ опровергнуть эти возраженія, и доказать, что этихъ элементовъ не было. Этотъ конечный результатъ и имѣетъ въ виду вторая половина 684 ст. Такое толкованіе подтверждается ст. 687 (т. X ч. 1), по которой господа и вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ слугами и повѣренными, и не отвѣтствуютъ только тогда, когда «будетъ доказано, что они не могли предотвратить дѣянія, причинившаго вредъ». Здѣсь за-

---

[134]) Сравн. Gerber, Beiträge, стр. 74.

[134а]) Возраженіе отвѣтчика, что онъ причинилъ вредъ другому вслѣдствіе требованій закона, въ гражд. процессѣ аналогично съ возраженіемъ, что дѣйствіе или упущеніе, причинившее вредъ другому лицу, было не болѣе какъ реализація какого либо права, основаннаго на законѣ и принадлежащаго отвѣтчику. Это возраженіе должно, согласно нашему тексту, доказываться также отвѣтчикомъ. Думашевскаго Сводъ, II № 1661.

конъ указываетъ, что отвѣтчикъ, дѣлающій возраженіе, приводящій элементъ отрицательно дѣйствующій на право истца, долженъ доказать это свое возраженіе. Согласно изложеннымъ началамъ нужно толковать по вопросу объ обязанности доказыванія и статью 688.

Наконецъ, въ примѣненіи 684 ст. къ тѣмъ случаямъ, когда вредъ и убытки, причиненные одному контрагенту находятся въ связи или имѣютъ отношеніе къ договору его съ другимъ лицомъ, въ примѣненіи къ этимъ случаямъ, обязанность доказыванія, въ сущности, опредѣляется по тому же началу. Обыкновенно, въ этихъ случаяхъ истецъ предъявляетъ искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные неисполненіемъ договора или ненадлежащимъ исполненіемъ; потому онъ долженъ доказать существованіе договора и затѣмъ причиненный ему въ связи съ этимъ договоромъ дѣйствительный вредъ[135]),и не долженъ доказывать, что отвѣтчикъ съ намѣреніемъ или по нерадѣнію причинилъ этотъ вредъ[136]). Возраженія отвѣтчика противъ такого иска могутъ быть очень разнообразны, но въ результатѣ его возраженій и доказыванія ихъ должно быть констатировано «отсутствіе вмѣняемой вины съ его стороны»[137]). Въ вопросѣ объ обязанности доказыванія въ искахъ о вознагражденіи не лишне сдѣлать одно общее замѣчаніе, что нерѣдко вредъ и убытки происходятъ отъ такого обстоятельства, которое, по внѣшнимъ своимъ признакамъ, является дѣйствовавшимъ независимо отъ воли отвѣтчика напр. пожаръ, наводненіе и т. под., при доказываніи оно нерѣдко считается

[135]) Unger, System § 123 n. 22, стр. 456. Гражд. кассац. рѣш. 1875 г. № 650, 1038.

[136]) Weber, Über die Verbindlichkeit, VI, § 21 стр. 136. Maxen, стр. 182 — 189.

[137]) Puchta, Pandecten, § 267 w. Seuffert, Archiv, B. XI n. 237 IV n. 113 и др. Сюда же нужно отнести иски по 683 ст. (т. X ч. I). Сенатъ говоритъ что «изъ сопоставленія ст. 366 уст. гр. суд. и ст. 683 (т. X ч. I) явствуетъ, что въ данномъ случаѣ на истцѣ лежала обязанность доказать только фактъ причиненія ему убытка и размѣръ понесенной имъ потери, а обязанность доказать существованіе причинъ, могущихъ освободить управленіе желѣзной дороги отъ отвѣтственности предъ истцемъ, несомнѣнно упадала на правленіе общества.... при несомнѣнности факта убытковъ оно должно было предполагаться виновнымъ, доколѣ оно противнаго не доказало» 1875 г. № 484.

очевиднымъ въ такомъ именно качествѣ; потому въ такихъ, случаяхъ истецъ долженъ, кромѣ факта причиненія ему вреда доказать, что такое обстоятельство могло быть предусмотрѣно, устранено и т. д. [138]). Такимъ образомъ принципъ распредѣленія обязанности доказыванія здѣсь тотъ же, но обстоятельство, служащее основаніемъ возраженія отвѣтчика, являясь нерѣдко очевиднымъ изъ самаго искового прошенія, влечетъ для истца обязанность представить въ первомъ же состязаніи доказательства, ослабляющія или уничтожающія гражданскую безотвѣтственность отвѣтчика.

Въ заключеніе II главы, трактующей о томъ, что должно быть доказано тяжущейся стороной въ исполненіе обязанности доказыванія, мы должны разсмотрѣть вопросъ о доказываніи такъ называемой Legitimatio ad causam и, затѣмъ, вопросъ о различіи въ обязанности доказыванія въ процессѣ фактовъ и юридическихъ нормъ.

Ни одно изъ частныхъ гражданскихъ правъ немыслимо безъ отношенія его къ опредѣленному лицу, какъ субъекту его; когда о гражданскомъ правѣ предъявляется искъ, то это значитъ, что одно лицо, истецъ, предъявляетъ требованіе къ другому лицу, отвѣчику, что отношеніе между ними аналогично съ обязательственнымъ отношеніемъ; потому составною частью основаній искового права служатъ также факты, указывающіе субъективную сторону правоотношенія, т. е. что отыскиваемое право принадлежитъ *этому* истцу противъ *этого* отвѣтчика [139]), словомъ существенной частью основаній иска является legitimatio ad causam [140]).

---

[138]) Seuffert, Archiv, B. I n. 338 (2). Въ этомъ смыслѣ нужно понимать распредѣленіе обязанности доказыванія по ст. 1707 (Т. X ч. I), содержаніе которой было указано нами выше (п. 79 и слѣд.); при этомъ только условіи такое распредѣленіе обязанности доказыванія приложимо и къ приведенной тамъ же 1708 ст т. X ч I.

[139]) Betmann-Hollweg, Über die Legitimation zur Sache, въ его Versuche. стр. 122.

[140]) Въ ученіи объ обязанности доказыванія нужно отличать legitimatio ad causum отъ legitimatio personae, т. е. способности лица отыскивать и защищать свои права на судѣ, и отъ Legitimatio ad processum—полномочія представителя. Эти два рода легитимаціи подлежатъ нѣсколько другимъ началамъ обязанности доказыванія ихъ, чѣмъ legitimatio ad causam. Betmann-Hollweg l. c. стр. 80, 91. Wetzell, System. § 16 n. 19.

Являлись существенною частью въ понятіи основанія отыскиваемаго права, элементомъ положительнымъ, эти факты должны быть указаны и доказаны истцемъ. Во многихъ случаяхъ легитимаціонные пункты констатируются тѣми фактами, которые порождаютъ отыскиваемое право[141]). Потому, доказывая эти факты, основанія иска, истецъ вмѣстѣ доказываетъ и legitimatio ad causam. Но есть случаи, когда такого совпаденія не бываетъ, когда въ основѣ отыскиваемаго права лежатъ нѣсколько фактовъ одинъ отъ другаго независимыхъ, и отношеніе ихъ между собою таково, что въ силу однихъ существованіе спорнаго права является вѣроятнымъ для какого либо лица вообще, но остается неизвѣстнымъ для какого именно, другіе же факты служатъ основаніемъ отношенія этого права къ данному опредѣленному субъекту. Такого рода случаи бываютъ, когда лицо отыскиваетъ право, которое, при возникновеніи своемъ, ему не принадлежало[141a]); по отношенію къ легитимаціи отвѣтчика такіе случаи бываютъ точно также, когда первоначально на немъ не лежала обязанность, исполненіе которой отыскивается или когда онъ является отвѣтственнымъ только при извѣстномъ условіи независимо отъ отыскиваемаго права[142]). Во всѣхъ означенныхъ случаяхъ на истцѣ лежитъ обязанность доказывать тѣ факты, изъ которыхъ можно видѣть, что именно онъ есть истецъ или что данное именно лице есть отвѣтчикъ. Изложенное теоретическое начало, опредѣляющее обязанность истца доказывать легитимаціонные пункты, со времени вышеупомянутаго изслѣдованія Bethmann-Hollweg'a, считается общепризнаннымъ въ современной теоріи[143]). Въ русскомъ законодательствѣ мы не находимъ препятствій къ примѣненію этого начала и въ русской судебной практикѣ. По уставу гражд. судопроизводства возраженіе отвѣтчика, что «право на

[141]) Напр., когда истецъ предъявляетъ искъ изъ договора купли—продажи къ тому лицу, съ которымъ этотъ договоръ былъ заключенъ.

[141]a) Напр., когда исковое право перешло къ истцу вслѣдствіе уступки или по наслѣдству и т. под.

[142]) Renaud, Lehrbuch стр. 224, п. 4.

[143]) Unger, System § 123 п. 34, стр. 463.

искъ вовсе не принадлежитъ тому лицу, которое ищетъ» (ст. 589), значитъ, вопросы объ активной легитимаціи—не могутъ быть «разсмотрѣны предварительно и отдѣльно отъ объясненій по существу иска»; относительно пассивной легитимаціи уставъ хотя и говоритъ[144]), что ее можно разсматривать до объясненій по существу дѣла, но на практикѣ[145]) оказывается, что по большей части трудно отдѣлить объясненія о пассивной легитимаціи отъ объясненій по существу дѣла. Такимъ образомъ, уставъ трактуетъ вопросы о легитимаціи ad causam, какъ вопросы, входящіе въ составъ существа дѣла, въ понятіе искового права; по уставу и практикѣ судъ, рѣшая эти вопросы, рѣшаетъ дѣло и по существу. Отсюда мы можемъ заключить, что и по нашему законодательству легитимаціонные пункты должны, согласно теоріи, считаться фактами, относящимися къ основаніямъ иска. Этимъ соображеніемъ сама собою опредѣляется обязанность истца доказывать legitimatio ad causum. Ст. 573 уст. гр. суд., по которой «отводы должны быть подкрѣплены доказательствами или ссылкою на оныя» — эта статья нисколько не препятствуетъ примѣненію изложеннаго теоретическаго начала, она выражаетъ ни больше ни меньше, что и ст. 366 уст. гр. суд. словами: «отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ, съ своей стороны, доказать свои возраженія». Мы видѣли, что это вовсе не значитъ, чтобы отвѣтчикъ долженъ былъ доказывать свои возраженія, если то, противъ чего онъ возражаетъ, не доказано истцемъ; для отвѣтчика обязанность доказывать возраженія возникаетъ только тогда, когда истецъ доказалъ основанія своихъ требованій. Только къ этому моменту относится требованіе ст. 573, т. е. когда истецъ представилъ доказательства легитимаціи, тогда только отвѣтчикъ долженъ доказывать свои возраженія противъ легитимаціонныхъ пунктовъ[146]). Наконецъ, наше законодатель-

[144]) Уст. гражд. суд. ст. 571 т. 3.

[145]) Напр., гражд. касс. рѣш. 1868 г. № 39 и множество другихъ

[146]) Гражд. касс. рѣш. 1872 г. № 760 заключаетъ въ себѣ примѣненіе ст. 573. Обстоятельства дѣла: искъ П. объ удаленіи съ его усадьбы крестьянина С.; возраженіе, что домъ, находящійся на усадебной землѣ истца, не при

ство, относительно нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаевъ, прямо высказываетъ начало доказыванія легитимаціонныхъ пунктовъ истцемъ; напр. когда взысканіе обращается на движимое имущество должника, находящееся у третьихъ лицъ; по ст. 640 истецъ долженъ доказать [146a]), что у третьяго лица дѣйствительно находились въ то время цѣнности, *принадлежащія отвѣтчику*[147]).

Наконецъ, въ ученіи объ обязанности доказыванія необходимо отмѣтить, что въ каждомъ спорномъ гражданскомъ правотношеніи нужно различать съ одной стороны отвлеченное понятіе, съ другой стороны совокупность тѣхъ фактовъ, которые составляютъ реальное, подлежащее чувственному воспріятію содержаніе этого понятія[148]). Чтобы въ данномъ случаѣ констатировать предъ судомъ существованіе правоотношенія, необходимо представить и доказать факты, составляющіе реальную сторону правоотношенія, изъ коихъ вмѣстѣ съ тѣмъ явствовало бы, что и психическая отвлеченная сторона въ этой совокупности фактовъ

надлежитъ ему, С., а его матери, и потому искъ долженъ быть предъявленъ къ ней. У суда была въ виду ссылка истца, что отвѣтчикъ еще прежде былъ приговоренъ судомъ къ уплатѣ арендныхъ денегъ и не отрицалъ тогда, что онъ арендаторъ, кромѣ того былъ на лицо фактъ мѣстожительства отвѣтчика на усадьбѣ истца въ упомянутомъ домѣ, между тѣмъ возраженіе отвѣтчика было голословно. Потому сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе съѣзда, отказавшаго въ искѣ за недоказаніе истцемъ, что именно С. есть отвѣтчикъ. По мнѣнію сената, совершенно вѣрному, въ данномъ случаѣ отвѣтчикъ не могъ ограничиться голословнымъ заявленіемъ, что не онъ отвѣтчикъ, а его мать, безъ всякихъ ссылокъ на доказательства своего возраженія. Вообще можно сказать касс. практика высказывается въ смыслѣ обязанности истца доказывать legitimatio ad causam, напр. гр. касс. рѣш. 1869 г. № 1293.

[146a]) Въ этихъ случаяхъ значительную роль въ опредѣленіи обязанности доказыванія играетъ фактическое нахожденіе вещи у третьяго лица. Гражд. касс. рѣш. 1876 г. №№ 3, 232. 1869 № 218, 488.

[147]) Вопросы о legitimatio ad causam въ уставѣ гр. суд. трактуются какъ *отводы* и поставлены на ряду съ отводомъ о подсудности и другими отводами, относящимися къ процессуальнымъ дѣйствіямъ. Замѣтимъ здѣсь къ слову, что обязанность доказыванія по отводамъ, указаннымъ въ п. п. 1, 2, 4, 5 ст. 571, опредѣляется не по правиламъ о доказываніи legitimatio ad causam. См. Unger § 129 n. 37a.

[148]) Сравн. Reinhold, l. c. стр. 21.

была такая, а не иная[149]), словомъ констатированіе по содержанію своему должно быть таковымъ, что можно было бы заключить, что въ данномъ случаѣ имѣетъ мѣсто такое, а не иное правоотношеніе, иначе говоря, что тутъ приложима та, а не другая юридическая норма. Съ процессуальной точки зрѣнія важно отдѣлить этотъ послѣдній моментъ, когда должно имѣть мѣсто заключеніе о томъ, что къ приведеннымъ тяжущейся стороной фактамъ приложима такая-то юридическая норма; съ этимъ моментомъ возникаетъ обязанность суда констатировать юридическую природу правоотношенія, именно здѣсь не тяжущійся[150], но судъ долженъ знать, существуетъ-ли юридическая норма, относящаяся къ данной фактической комбинаціи, какую изъ существующихъ нормъ нужно примѣнить въ данномъ случаѣ, какъ понимать ее и т. д. Эта обязанность лежитъ на судьѣ въ силу спеціальнаго его назначенія возстановлять спорныя правоотношенія[151]), согласно съ дѣйствующими въ государ-

---

[149]) Unger § 123 n. 5—8 и n. 40.

[150]) Правда, по ст. 257 уст. гражд. судопр. исковое прошеніе должно заключать въ себѣ..... указаніе *законовъ*, на коихъ искъ основанъ (п. 5). Но въ виду того, что судья, и по нашему законодательству, обязанъ знать законъ, это требованіе нельзя понимать въ смыслѣ непремѣнной обязанности стороны приводить и доказывать статьи закона, относящіяся къ данному случаю. Ст. 257 п. 5 хочетъ сказать только, что сторонѣ цѣлесообразно (Bayer, Vorträge § 163 стр. 527 и 687) указать въ своихъ видахъ на законъ, такъ какъ нерѣдко или факты, на которыхъ основано отыскиваемое право, представляютъ особенности и могутъ быть субсумированы различно, или юридическая норма, которая къ фактамъ должна быть приложена, допускаетъ различное толкованіе. Unger S. stem l. c. n. 42, 43. Reinhold l. c стр. 22.

[151]) L. I (2, 11) Cod. Weber, l. c II § 3. Въ смыслѣ нашего текста было кассаціонное рѣшеніе, по которому «фактическая сторона дѣла, существованіе событій, изъ которыхъ возникъ споръ о правѣ, разъясняется тяжущимися и установляется судомъ на основаніи представленныхъ ими по ст. 366 уст. гр. суд. доказательствъ, затѣмъ, судъ уже безъ участія сторонъ, обсуждаетъ юридическую сторону дѣла, т. е. къ установленнымъ фактамъ примѣняетъ законъ, охраняющій спорное право. Постановленія закона не могутъ не быть извѣстны суду (ст. 62 т. I свод. зак. основ.) и судъ не можетъ требовать, чтобы тяжущійся разъяснялъ юридическую сторону дѣла, т. е. доказывалъ существованіе закона, установляющаго извѣстное его

ствѣ законами [152]). Въ тѣхъ случаяхъ когда, по закону, для опредѣленія юридической природы правоотношенія могутъ быть допускаемы обычаи, то судья *можетъ* руководствоваться ими *по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ* (ст. 130 уст. гражд. суд.). Такимъ образомъ, законъ ставитъ въ очень тѣсные предѣлы примѣненіе судомъ нормъ обычнаго права; нужно прежде всего, чтобы сторона сослалась на обычай; вопросъ объ обязанности ея доказать данный обычай, на который она ссылается, не можетъ въ виду 130 ст. возникать; законъ говоритъ о возможности примѣненія только *общеизвѣстнаго* мѣстнаго обычая, который слѣд. по правилу и судьѣ долженъ быть извѣстенъ. Но обычай можетъ быть общеизвѣстнымъ въ данной мѣстности и неизвѣстнымъ въ другой мѣстности, въ которой между тѣмъ дѣло производится, въ такомъ случаѣ сторона, ссылающаяся на обычай, должна доказать существованіе его, судъ же въ примѣненіи обычая, въ отличіе отъ примѣненія закона, является ограниченнымъ требованіями принципа состязательности. Что касается случаевъ примѣненія иностранныхъ законовъ, то относительно констатированія того или другаго постановленія иностраннаго законодательства, нужно считать руководящимъ началомъ ст. 709 уст. гражд. судопр., по которой «въ случаѣ затрудненія въ примѣненіи иностранныхъ законовъ, судъ *можетъ* просить министерство иностранныхъ дѣлъ войти въ сношеніе съ подлежащимъ иностраннымъ правительствомъ о доставленіи

право, но *обязанъ* самъ силою относящагося къ данному случаю закона, разрѣшить вопросъ о правѣ въ пользу той или другой стороны». Гражд. касс. рѣш. 1875 г. № 251.

[152]) Изъятіемъ изъ этого общаго правила считаются случаи, когда притязаніе стороны основано на привиллегіи въ тѣсномъ смыслѣ этого слова (Bayer, Vorträge § 219 стр. 683) L. 5 (22,3) D. Wird nemlich für eine bestimmte einzelne Person oder Sache oder Forderung zu deren Gunsten oder Nachtheil eine Ausnahme von dem geltenden Rechte gemacht, so ist eine Privilegium in engerem eigentlichen Sinn vorhanden... und muss dem Richter von der betreffenden Partei speciell nachgewiesen werden. Unger, System I стр 51, 52 п. 14.

заключенія по возникшему вопросу». Очевидно, по вопросу о примѣненіи иностраннаго закона дѣйствующимъ долженъ являться судъ; онъ можетъ, по своему усмотрѣнію, избрать указанный въ статьѣ путь констатированія постановленія иностраннаго закона. Отсюда можно заключить, что судъ можетъ для констатированія пользоваться самостоятельно и другими доступными ему самому средствами. Въ этомъ случаѣ въ нашихъ судахъ вполнѣ могутъ быть примѣняемы начала теоріи[153]), по которой въ примѣненіи иностраннаго закона судья имѣетъ право и обязанность, независимо отъ заявленія сторонъ, убѣждаться въ существованіи юрид. нормы всѣми предоставленными ему средствами; требованіе, чтобы судья зналъ право, остается и здѣсь въ силѣ. Только здѣсь можетъ быть дѣломъ чистаго случая, будетъ ли судья производить надлежащее изслѣдованіе даннаго постановленія иностраннаго законодательства, а съ другой стороны воспользуется-ли онъ именно тѣми средствами, съ помощью которыхъ онъ можетъ получить полныя и вѣрныя свѣдѣнія объ этомъ постановленіи. Тяжущаяся сторона, въ пользу которой оно служитъ, должна своей дѣятельностью предупредить вредныя послѣдствія неблагопріятнаго для нея случая. Такимъ образомъ сторона можетъ прямо указать, что существуетъ такая-то юрид. норма иностраннаго закона и тѣмъ дать судьѣ поводъ къ дальнѣйшему изслѣдованію этой нормы. Такое заявленіе тяжущагося есть фактическое, но не юридическое условіе для дальнѣйшаго изслѣдованія судомъ юридической нормы; конечно, прямой интересъ стороны представить судьѣ болѣе надежныя средства для полученія вѣрныхъ свѣдѣній; и для судьи, если онъ самъ не можетъ получить свѣдѣній о данномъ иностранномъ законѣ, желательно, чтобы эти свѣдѣнія сообщила ему сторона. Если же сторона не ссылается на иностранный законъ, или ссылаясь не пред-

[153]) Излагаемые въ текстѣ результаты теоріи по этому вопросу сведены у Planck'a Die Lehre von dem Beweisurtheil стр. 255, 256.

ставляетъ возможности убѣдиться въ вѣрности ссылки, если вмѣстѣ съ тѣмъ и судья не имѣетъ свѣдѣній объ этомъ законѣ, — то онъ въ производствѣ можетъ игнорировать существованіе данной нормы иностраннаго закона и не брать ее во вниманіе при рѣшеніи. Дѣятельность тяжущейся стороны въ этомъ случаѣ такая же, какъ при констатированіи предъ судомъ фактическихъ обстоятельствъ дѣла, но положеніе судьи совершенно иное какъ по отношенію къ пользованію ex officio средствами разъясненія, такъ и по отношенію къ устраненію нѣкоторыхъ формальныхъ доказательныхъ средствъ и къ оцѣнкѣ источниковъ свѣдѣній, нужныхъ для примѣненія иностраннаго закона. Въ *этомъ* смыслѣ юридическая норма можетъ быть предметомъ обязанности доказыванія.

III.

Въ предшествующей (II) главѣ мы изложили ученіе о тѣхъ существенныхъ пунктахъ, которые должны быть доказаны истцемъ, какъ инициаторомъ въ производствѣ; теперь намъ слѣдуетъ разсмотрѣть самое *доказываніе* истцемъ этихъ пунктовъ въ исполненіе имъ своей обязанности доказыванія. Вообще въ ученіе о доказываніи тяжущейся стороной своихъ заявленій входятъ вопросы: 1, нуждается-ли данный пунктъ въ представленіи доказательныхъ средствъ, 2, если нуждается, представлены-ли требуемыя или допускаемыя закономъ въ данномъ случаѣ доказательныя средства, и, наконецъ 3, какова доказательная сила представленныхъ средствъ. Изложеніе ученія по означеннымъ вопросамъ выходитъ, по своему содержанію, за предѣлы комментарія къ 366 ст. и должно составлять предметъ комментарія къ статьямъ устава, относящимся къ означеннымъ вопросамъ. Здѣсь мы намѣтили эти вопросы съ цѣлью

показать, какіе отвѣты должны быть на лицо и необходимы для примѣненія 366 ст. Съ другой стороны по поводу означенныхъ вопросовъ, вообще по поводу представленія доказательныхъ средствъ, оцѣнки значенія и доказательной силы ихъ для даннаго случая могутъ возникать вопросы объ обязанности доказыванія. Эти-то вопросы мы и считаемъ необходимымъ разсмотрѣть здѣсь.

Извѣстно, что не всѣ фактическія обстоятельства, существенныя къ данномъ дѣлѣ, нуждаются въ доказываніи ихъ предъ судомъ, такъ какъ и безъ доказыванія они являются юридически извѣстными суду. Это бываетъ, а) когда обстоятельства дѣла имѣютъ характеръ *notorium'a*, б) когда есть *презумція* существованія ихъ, и наконецъ в) когда относительно ихъ существуетъ *судебное признаніе*.

а) Уставъ гражданскаго судопроизводства ничего не говоритъ о *notorium*; но нѣтъ сомнѣнія, что въ производствѣ оно бываетъ и должно имѣть свое юридическое значеніе. Подъ именемъ notorium въ теоріи гражданскаго судопроизводства разумѣются такія обстоятельства дѣла, которыя всѣмъ и каждому вообще въ государствѣ или въ извѣстной мѣстности онаго извѣстны и представляются достовѣрными въ такой степени, что отрицаніе существованія ихъ возможно только по недобросовѣстности[154]). Такого рода факты, очевидно, не нуж-

[154]) См. напр. Langenbeck, Beweisführung. I стр. 150. Hefftter (въ своемъ прибавленіи къ сочиненію Вебера Über die Verbindlichkeit.) говоритъ, что notorium называется «все то, что въ силу житейскаго опыта и обыденныхъ человѣческихъ отношеній, на основаніи воспріятій внѣшнихъ чувствъ или ума, для всѣхъ сколько нибудь внимательныхъ, достигшихъ извѣстной степени зрѣлости должно приниматься за столь извѣстное, что разумное сомнѣніе не можетъ имѣть мѣста, по крайней мѣрѣ всякое сомнѣніе можетъ быть сейчасъ же устранено громадной массой доказательствъ, говоря иначе: notorium есть то, незнаніе чего было бы supina ignorantia». Стр. 196. Въ частности notorium будутъ: факты *всеобщей извѣстности* напр. обыкновенная перемѣна временъ года, простѣйшій счетъ чиселъ и т. под.; факты общеизвѣстные въ отечественномъ *государствѣ*, извѣстные въ данной *губерніи*, или *общинѣ*. Стр. 197. «Критеріями дѣйствительнаго notorium служатъ: общій интересъ въ

даются въ доказываніи ихъ [155]), но сторона должна указать эти обстоятельства, насколько они входятъ въ составъ фактической стороны дѣла. Данное заявленное обстоятельство, если оно, само по себѣ, имѣетъ характеръ notorium'а—общеизвѣстности, судья долженъ считать таковымъ, если даже сторона приводя обстоятельство, не указывала на характеръ его общеизвѣстности. Спрашивается, далѣе, если у суда возникаетъ сомнѣніе о notorium факта, можетъ-ли тогда судъ возлагать на тяжущагося обязанность доказывать этотъ фактъ. Здѣсь нужно различать, въ какомъ видѣ, до возраженій противника, представляется суду данный фактъ, съ характеромъ notorium'а или нѣтъ; въ первомъ случаѣ на противника должно быть возложено доказываніе его возраженій противъ notorium'а; во второмъ случаѣ обязанность доказыванія возлагается на того, кто привелъ такой фактъ, и должно быть доказано не notorium, а самый фактъ, выдаваемый за общеизвѣстный; впрочемъ тяжущійся въ этомъ случаѣ можетъ и не прямо, непосредственно доказывать фактъ, но также косвенно, — онъ можетъ доказывать фактъ, доказывая notorium его[156]).

а) Что касается *презумцій*, то въ нашемъ вопросѣ важно имѣть въ виду различіе презумцій законныхъ (presumptio juris) и презумцій простыхъ (pres. facti vel hominis). Общее между ними только то, что и законныя и простыя презумціи являются косвенными средствами констатированія юридической извѣстности даннаго факта[157]); но, затѣмъ, если въ пользу тяжущагося является законная презумція[158]), то онъ долженъ

извѣстной мѣстности, къ воспріятію извѣстныхъ событій, общія несомнѣнныя свойства предметовъ быть воспринятыми, наконецъ общее согласіе о воспринятомъ» тамъ же стр. 198.

[155]) Renaud, Lehrbuch. § 103 n. 19. Civilprocess-Ordn. fur d. R. § 264. «Thatsachen, welche bei dem Gerichte *offenkundig* sind, bedürfen keines Beweises«.

[156]) Landenbeck, l. c. стр. 165 166.

[157]) Unger, System, II стр. 581 n. 12.

[158]) Code civil art. 1350 такъ опредѣляетъ законную презумцію: «законныя презумціи (предположенія) суть тѣ, которыя соединяются спеціальнымъ закономъ съ извѣстными актами или обстоятельствами». Объясненія у Laurent T. XIX, стр. 628, 629.

доказать только тѣ факты, съ наличностью которыхъ законъ соединяетъ заключеніе о существованіи другихъ опредѣленныхъ фактовъ, и освобождается отъ обязанности доказывать эти послѣдніе [159]). Доказавъ факты, служащіе основаніемъ законной презумціи въ ея пользу, сторона должна считаться исполнившею свою обязанность доказыванія, факты (на основаніи закона) предполагаемые съ этого момента должны считаться юридически извѣстными суду, слѣд., съ этого момента уже для противника возникаетъ обязанность доказыванія (опроверженія); онъ можетъ опровергать законныя презумціи[160]) только въ томъ смыслѣ, что будетъ опровергать существованіе фактовъ, послужившихъ основаніемъ презумціи или будетъ опровергать дѣйствительность, въ данномъ случаѣ, предполагаемыхъ закономъ событій, но онъ не можетъ быть допущенъ къ доказыванію, что заключеніе закона отъ существованія однихъ фактовъ къ существованію другихъ, само по себѣ, неправильно или несправедливо[161]). Относительно простыхъ презумцій сторона, въ пользу которой они служатъ, должна, какъ мы сказали, прежде всего также доказывать факты, изъ которыхъ можно сдѣлать заключеніе о существованіи другихъ фактовъ. Но, спрашивается, можетъ-ли сторона въ этомъ случаѣ считаться исполнившею свою обязанность доказыванія[162]), а судъ предполагаемые стороной факты считать юридически извѣстными? Нѣтъ. Во первыхъ, судъ не обязанъ изъ фактовъ, доказанныхъ стороной, дѣлать тѣ именно заключенія о существованіи другихъ фактовъ, которыя можно сдѣлать и которыя сдѣлала сама сторо-

---

[159]) Langenbeck, l. c. 193. Это общепризнано. Code civil art. 1352. Laurent, l. c. n. 614.

[160]) По Code civil art 1352 ни въ какомъ случаѣ нельзя опровергать законную презумцію «когда на основаніи этой презумціи законъ уничтожаетъ извѣстные акты или когда на основаніи презумціи законъ отказываетъ въ искѣ». Теоретики выставляютъ сильныя возраженія противъ этихъ ограниченій. См. напр. Laurent, l. c. n. 617 n. 619.

[161]) Renaud, § 105 n. 5—8.

[162]) Со всѣми юрид. послѣдствіями этого исполненія въ производствѣ.

на; во-вторыхъ, простыя презумціи, по природѣ своей, не представляются такимъ основаніемъ для удостовѣренія въ фактѣ, чтобы имъ можно было придавать такое значеніе въ производствѣ, тѣмъ болѣе, что законъ и прямыя доказательныя средства, какъ свидѣтельскія показанія, допускаетъ не безъ ограниченій[163]); потому и суду едва-ли будетъ правильно предоставить полную свободу признавать тяжущагося исполнившимъ свою обязанность доказыванія, если онъ доказалъ только тѣ факты, отъ которыхъ можно дѣлать презумціи о существованіи другихъ фактовъ, подверженныхъ спору, по крайней мѣрѣ это нужно сказать, когда другихъ доказательныхъ средствъ, кромѣ простыхъ презумцій, объ этихъ фактахъ непредставлено[164]). Такое мнѣніе основывается на томъ соображеніи, что если бы судъ имѣлъ право простымъ презумціямъ придавать такое же процессуальное значеніе, какъ и законнымъ, это значило бы облекать судъ властью не только толковать законъ, но и своимъ собственнымъ выводамъ придавать силу закона[165]). И такъ, въ интересахъ тяжущагося не довольствоваться простыми презумціями въ свою пользу, но представлять доказательства въ подтвержденіе предполагаемыхъ обстоятельствъ.

в) Наконецъ, считаются стоящими внѣ спора, юридически извѣстными суду тѣ фактическія обстоятельства, относительно которыхъ послѣдовало *судебное признаніе*. Въ силу такого юридическаго значенія судебнаго признанія, оно, само собою разумѣется, должно освобождать тяжущагося отъ обязанности доказывать признанныя обстоятельства[166]).

---

[163]) Слѣд. въ тѣхъ случаяхъ, когда непремѣнно требуется закономъ представленіе письменныхъ доказательствъ, доказываніе стороной только тѣхъ фактовъ, которые служатъ основаніемъ простой презумціи уже ни коимъ образомъ не можетъ считаться исполненіемъ обязанности доказыванія. Сравн. Code civil art. 1353.

[164]) См. однако Laurent, T. XIX стр. 655.

[165]) Сравн. Laurent, T. XIX n. 607, стр. 628.

[166]) Ст. 480 уст. гражд. судопр. Мы здѣсь не останавливаемся на под-

Въ производствѣ, въ коемъ сдѣлано судебное признаніе, можетъ быть допускаемо опроверженіе его. Не останавливаясь на вопросѣ, какія должны быть доказаны основанія опроверженія [167]), замѣтимъ, что опровергающій долженъ доказывать основанія опроверженія независимо отъ того было или нѣтъ со стороны противника acceptatio признанія, такъ какъ юридическое значеніе признанія обусловливается не тѣмъ, что было acceptatio, а тѣмъ, что признаніе сдѣлано предъ судомъ и трактуется, засимъ, какъ матеріалъ, на основаніи котораго постановляется рѣшеніе. Что касается квалифицированнаго признанія, то, если есть въ наличности существенныя условія его юридическаго значенія[168]), тогда обязанность доказыванія опредѣляется принципомъ полнаго равенства тяжущихся сторонъ предъ судомъ при доказываніи. «Въ силу этого принципа вопросъ о фактическихъ обстоятельствахъ дѣла рѣшается или на основаніи однихъ заявленій сторонъ, и тогда заявленіямъ обѣихъ сторонъ, должна даваться равная вѣра, или же вопросъ рѣшается на основаніи не однихъ только голословныхъ заявленій сторонъ, но на основаніи доказательствъ, и тогда принципъ равенства обнаружи-

---

робностяхъ процессуальнаго значенія судебнаго признанія при коллиціи его съ другими доказательными средствами и на подробностяхъ возникающихъ при семъ вопросовъ объ обязанности доказыванія. О подробностяхъ этихъ см. Малинина, судебное признаніе въ гражданскихъ дѣлахъ, 1877 г. стр. 100 — 102.

[167]) О нихъ см. тамъ же, гл. VI.

[168]) «Первымъ существеннымъ, необходимымъ условіемъ для полнаго юридическаго значенія квалифицированнаго признанія служитъ отсутствіе всякихъ другихъ, кромѣ признанія, основаній юридической извѣстности о тѣхъ обстоятельствахъ, о которыхъ сдѣлано квалифицированное признаніе». Тамъ же стр. 128 п. 23. Другое существенное условіе юрид. значенія квалиф. признанія «состоитъ въ томъ, что части признанія, составляющія его квалификацію (несогласныя съ заявленіемъ противника), по предмету своему, должны представляться имѣющими *юридическую связь* съ спорнымъ правоотношеніемъ, входящими въ юридическое понятіе о спорномъ правоотношеніи» стр. 134 п. 40.

вается въ томъ, что обѣ стороны одинаково обязаны представлять доказательства, каждая въ пользу своихъ заявленій»[169]) и значитъ тогда квалифицированное признаніе не вноситъ никакихъ особенностей въ распредѣленіе обязанности доказыванія. Но бываютъ случаи, когда, хотя кромѣ признанія и пѣтъ другихъ доказательныхъ средствъ, но самое квалифицированное признаніе дѣлаетъ заявленія противника юридически извѣстными суду, а между тѣмъ квалифицирующія части его, оставаясь голословными, не получаютъ юридическаго значенія и въ результатѣ противникъ освобождается отъ обязанности доказывать свои заявленія, о которыхъ есть квалифицированное признаніе; признавшійся же, если хочетъ чтобы квалифицирующія части его признанія имѣли юридическое значеніе, обязанъ доказать ихъ [170]).

Дальнѣйшимъ шагомъ, по установленіи спорныхъ пунктовъ, служитъ, какъ мы видѣли, рѣшеніе вопроса, какое доказательное средство должно или можетъ быть употреблено для констатированія даннаго спорнаго существеннаго основанія заявленій тяжущагося. Съ точки зрѣнія обязанности доказыванія здѣсь мы ограничимся[171]) однимъ только общимъ замѣчаніемъ: нельзя на тяжущагося возлагать обязанность доказывать, что именно то, а не другое доказательное средство должно быть употреблено въ данномъ случаѣ; извѣстно, что въ нѣкоторыхъ

---

[169]) Тамъ же стр. 122, 127. 1).

[170]) Случаи эти подробно разсмотрѣны мною въ вышеупомянутомъ моемъ сочиненіи. Стр. 129, 130 и 131. Замѣтимъ кстати, что квалиф. признаніе можетъ имѣть вліяніе на обязанность доказыванія и въ томъ, наконецъ, отношеніи, что можетъ открывать противнику возможность, въ исполненіе имъ своей обязанноси доказыванія, представлять такія доказательныя средства, которыя иначе не могли бы быть допущены. Объ этомъ см. тамъ же стр. 132, 133.

[171]) Разсмотрѣніе вопроса, когда могутъ быть допущены такія, а не иныя доказательныя средства, когда нужно представленіе письменныхъ доказательствъ и нельзя допускать свидѣтельскихъ показаній—ближайшимъ образомъ должно составить содержаніе комментарія къ ст. 409 уст. гр. суд.

случаяхъ законъ допускаетъ только письменныя доказательства и не допускаетъ свидѣтельскихъ показаній, или напр. допускаетъ присягу, какъ доказательное средство только съ извѣстными ограниченіями; во всѣхъ этихъ случаяхъ судъ долженъ рѣшать вопросъ о дозволительности того или другаго доказательнаго средства на основаніи закона ex officio. Въ тѣхъ же случаяхъ когда законъ не ставитъ такихъ ограниченій, сторона свободна представлять любыя доказательства средства по своему усмотрѣнію и слѣд. не можетъ быть обязана доказывать, почему употребила то, а не другое доказательное средство. Но при пользованіи въ судѣ тѣми или другими доказательными средствами можетъ возникать вопросъ объ обязанности доказыванія. Такъ, законъ требуетъ, чтобы свидѣтели, представляемые стороной, удовлетворяли извѣстнымъ условіямъ; за наличностью однихъ условій (отрицательныхъ по ст., 371) законъ возлагаетъ на судъ обязанность наблюдать и устранять свидѣтелей отъ показанія, когда судъ усмотритъ означенныя въ 371 ст. причины неспособности къ показанію; вслѣдствіе другихъ причинъ, означенныхъ въ 373 ст., свидѣтели устраняются по отводамъ противной стороны. Спрашивается, при отводѣ, кто долженъ доказывать—противная-ли сторона, что свидѣтель не удовлетворяетъ требуемымъ въ законѣ условіямъ, или сторона, представившая свидѣтеля, — что онъ удовлетворяетъ этимъ условіямъ? По ст. 394 каждому свидѣтелю должны быть предложены судомъ вопросы, для опредѣленія его личности и отношеній къ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ. Однимъ этимъ заявленіемъ самаго свидѣтеля, по мысли закона, констатируется предъ судомъ наличность условій, необходимыхъ для свидѣтеля; на основаніи одного такого заявленія свидѣтель трактуется, какъ правоспособный свидѣтель[172]).

---

[172]) Тоже и по Code de la procédure civile, art. 262. Chauveau въ своихъ прибавленіяхъ къ Carré, Lois de la procédure civile. T II quest. 1027, стр. 588, 589.

Для устраненія такого свидѣтеля нужно, чтобы или судъ усмотрѣлъ одну изъ причинъ отвода (по ст. 371), или чтобы противная сторона предъявила отводъ. Голословный, безъ доказательствъ отводъ свидѣтеля тяжущимся не можетъ, очевидно, уничтожить то предположеніе, которое законъ соединяетъ съ заявленіемъ самаго свидѣтеля о его правоспособности къ показанію[173]). Потому, основанія отвода свидѣтеля, заявляемыя противной стороной, должны быть доказаны ею. Хотя прямаго подтвержденія этого вывода изъ ст. 394 и нѣтъ въ уставѣ, но въ нѣкоторыхъ аналогичныхъ случаяхъ отвода уставъ требуетъ доказательствъ основаній его. Такъ по поводу отвода судей ст. 670 говоритъ, «что должны быть указаны причины устраненія и приведены въ удостовѣреніе ихъ доказательства». Наиболѣе извѣстные французскіе процессуалисты[174]) сильно возражаютъ вообще противъ цѣлесообразности отвода свидѣтелей въ производствѣ хотя въ code de la procédure civile[175]) производство по отводу и доказываніе его обставлены довольно строгими требованіями; право суда, по своему свободному усмотрѣнію, опредѣлять значеніе и доказательную силу показанія служитъ достаточной гарантіей противъ показаній такого свидѣтеля, который можетъ быть заподозрѣнъ въ пристрастіи и не искренности. Наконецъ, замѣтимъ, что новый германскій Civilprocessordnung совсѣмъ устранилъ отводъ свидѣтелей сторонами, такъ что до выслушанія показанія свидѣтеля не можетъ имѣть

---

[173]) Рѣш. гражд. касс. деп. 1869 г. № 1214: ничѣмъ не подкрѣпленный отводъ свидѣтеля не долженъ быть уважаемъ.

[174]) Boncenne, Théorie de la procédure civile. T IV стр. 416, 417. Bonnier, Traité des preuvas, T. I n. 279, 280.

[175]) По art. 270 (code de la pr. civ.) отводы должны быть представлены до допроса свидѣтеля; (по art 279) если отводъ, сдѣланный до допроса, не подтвержденъ письменнымъ доказательствомъ, сторона должна указать на свидѣтелей въ подтвержденіе его, иначе отводъ не принимается; отводъ, сдѣланный послѣ допроса, долженъ быть подтвержденъ непремѣнно письменными доказательствами (art. 282).

мѣста разсмотрѣніе возраженій противъ свидѣтеля[176]). Въ виду вышеизложеннаго мы и утверждаемъ, что противная сторона, заявляя отводъ свидѣтеля, обязана доказать законныя основанія отвода.

Когда тяжущійся въ подтвержденіе своихъ заявленій представляетъ письменныя доказательства, то со стороны противника можетъ имѣть мѣсто сомнѣніе въ подлинности документа или споръ о подлогѣ (ст. 541). Заявленіе сомнѣнія въ подлинности актовъ крѣпостныхъ или засвидѣтельствованыхъ установленнымъ порядкомъ не допускается (ст. 543). Значитъ, по отношенію къ этимъ актамъ возможенъ только споръ о подлогѣ; по отношенію же ко всѣмъ другимъ актамъ можетъ имѣть мѣсто заявленіе сомнѣнія въ подлинности, съ однимъ ограниченіемъ, что лице, отъ имени коего актъ выданъ или составленъ и подписанъ имъ, не можетъ заявлять сомнѣнія въ подлинности этого акта (ст. 542). Отсюда мы можемъ заключить, что различіе производства по сомнѣнію въ подлинности акта и по спору о подлогѣ акта уставъ основываетъ на различіи актовъ, подлежащихъ разсмотрѣнію. Акты крѣпостные или явочные не подлежатъ сомнѣнію въ подлинности, можно только предъявить споръ о подлогѣ ихъ. Почему? Потому, что эти акты, по внѣшнему своему виду, представляются совершенными съ соблюденіемъ всѣхъ тѣхъ формальностей, какія установлены закономъ, какъ гарантіи подлинности и достовѣрности; въ силу такихъ гарантій законъ въ пользу крѣпостнаго или явочнаго акта установляетъ презумпцію подлинности и достовѣрности; сомнѣній, колебаній, недоумѣній не можетъ быть; возможнымъ остается только одно—заявить споръ прямо о подлогѣ акта. Такая презумпція достовѣрности относится также къ дню совершенія который выставленъ на актѣ (ст. 476). Отсюда когда возникаетъ производство по спору о подлогѣ,

[176]) Siebenhaar, Kommentar zur deutsch Civ. Proc. Ordn. 1877 стр. 376.

сторона, представившая актъ крѣпостной или явочный, имѣетъ въ свою пользу презумцію достовѣрности его, между тѣмъ противникъ является съ однимъ только заявленіемъ о подлогѣ. Потому, естественно, законъ возлагаетъ обязанность доказывать не на сторону представившую актъ, что онъ подлинный, но на противника, что актъ подложенъ (ст. 544). Другое дѣло, когда въ производствѣ рѣчь идетъ не о крѣпостномъ или явочномъ актѣ, а о домашнемъ, вообще о другихъ письменныхъ доказательствахъ. Въ противуположность актамъ перваго рода эти документы не представляютъ данныхъ для презумціи ихъ достовѣрности. Только въ одномъ случаѣ они, по закону, пользуются такой презумціей, именно когда актъ выданъ и подписанъ тѣмъ лицомъ противъ котораго онъ представленъ въ судъ. Законъ исходитъ здѣсь, изъ того соображенія, что данное лице должно знать—выдавало и подписывало оно такой актъ или нѣтъ, должно знать—его на актѣ подпись или нѣтъ; сомнѣній для этого лица не можетъ быть. Потому, законъ предоставляетъ ему заявлять только прямо споръ о подлогѣ акта и не допускаетъ заявленія сомнѣнія въ подлинности (ст. 542); въ производствѣ по спору о подлогѣ въ такомъ случаѣ обязанность доказывать должна возлагаться на это лице[177]). Но,

---

[177]) Согласно 477 ст. уст. гр. суд. тоже нужно сказать относительно наслѣдниковъ и преемниковъ этого лица. Только для этихъ лицъ считается достовѣрнымъ и выставленный въ домашнихъ актахъ день совершенія ихъ. Для прочихъ же лицъ выставленное число не имѣетъ презумціи достовѣрности и слѣд., со стороны ихъ можетъ быть сомнѣніе, и тогда обязанность доказывать достовѣрность должна быть возложена на лицъ, представившихъ документъ въ свою пользу. Касс. сенатъ значеніе 477 ст. разъяснилъ въ томъ смыслѣ, «что въ домашнихъ актахъ выставленный на нихъ день совершенія оныхъ почитается достовѣрнымъ только для лицъ, участвовавшихъ въ совершеніи акта, ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ; для третьихъ же лицъ день этотъ безусловной достовѣрности не имѣетъ, вслѣдствіе чего предъявленіе ими возраженія противъ такого числа само собою лишаетъ оное достовѣрности и засимъ не представляется уже основаній требовать отъ третьяго лица предъявившаго этотъ споръ представленія еще доказательствъ этой недостовѣрности, напротивъ одно возраженіе третьяго лица противъ достовѣрности выставленнаго на актѣ числа совершенія онаго возлагаетъ обязанность доказать

затѣмъ, за исключеніемъ этого случая, когда представляется какое либо письменное доказательство, противникъ можетъ заявить сомнѣніе въ подлинности, сомнѣніе дѣйствительно-ли актъ произошелъ отъ того лица, которое значится въ подписи, или дѣйствительно-ли достовѣрно то, что содержится въ актѣ; иначе и быть не можетъ: въ такомъ документѣ не представляется данныхъ для презумціи его подлинности и достовѣрности; письменная форма, сама по себѣ, не можетъ относиться къ такого рода даннымъ и создать для него презумцію; потому, вслѣдствіе одного заявленія противника, актъ уже является въ производствѣ спорнымъ фактомъ, подобно другимъ спорнымъ фактическимъ обстоятельствамъ дѣла и какъ таковой долженъ быть доказываемъ тѣмъ, кто его представилъ. Такое толкованіе по вопросу объ обязанности доказыванія не крѣпостныхъ и неявочныхъ документовъ принято, какъ мы видѣли, касс. практикой и вполнѣ соотвѣтствуетъ установившейся теоріи по этому вопросу [178]). Въ новомъ германскомъ Civil-Process-Ordnung изложенное воззрѣніе вошло въ § закона [179]).

Законъ предоставляетъ каждому изъ тяжущихся право требовать отъ противной стороны представленія въ судъ тѣхъ документовъ, на коихъ она основываетъ свои права (ст. 439), и именно «представленія документа *въ подлинникѣ*, развѣ бы доказано было, что подлинный актъ истребленъ или что полученіе его рѣшительно невозможно» (ст. 441) Въ силу такого права тяжущагося на противника возлагается обязанность представлять подлинный документъ; если онъ по указаннымъ основаніямъ возражаетъ противъ такого представленія, на него должна быть возложена обязанность доказать эти спеціальныя

противное на лицо участвовавшее въ совершеніи акта (также на его наслѣдниковъ и преемниковъ) и представившее оный въ подтвержденіе своихъ требованій или возраженій». Гражд. касс. рѣш. 1876 г. № 311.

[178]) Bonsenne, Théorie. T. III стр. 452, 453.

[179]) § 405. «Подлинность непризнаннаго противникомъ частнаго документа должна быть доказана».

основанія непредставленія подлиннаго документа [180]). Далѣе, тяжущійся имѣетъ право требовать представленія въ судъ противной стороной документа, служащаго къ подтвержденію спорныхъ обстоятельствъ дѣла (ст. 442); тяжущійся въ подтвержденіе своего права требованія документа долженъ обстоятельно означить требуемый документъ и *указать* основанія, по коимъ онъ предполагаетъ, что документъ находится у его противника (ст. 443). Такимъ образомъ законъ обязываетъ тяжущагося только указать сказанныя основанія и не возлагаетъ на него обязанности доказывать ихъ, до тѣхъ поръ пока противная сторона не сдѣлаетъ заявленія по поводу требованія отъ нея документа; противная сторона или отказывается отъ представленія требуемаго документа, но «не отрицаетъ того, что онъ у ней находится», или же она отказывается, отрицая, что документъ у ней находится. Въ первомъ случаѣ на тяжущагося, требующаго представленія документа, не возлагается обязанность доказыванія, и безъ того «судъ можетъ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ» (ст. 444). Во второмъ случаѣ этому тяжущемуся представляется двоякій исходъ—или онъ долженъ доказывать другими доказательными средствами тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ онъ ссылался на документъ, или же онъ долженъ доказывать, что противникъ ложно отрицаетъ нахожденіе у него документа, т. е. долженъ доказать основанія, по коимъ онъ предполагаетъ, что документъ находится у противника. Доказавъ это послѣднее, тяжущійся имѣетъ тогда право на примѣненіе ст. 444, такъ какъ въ этомъ

---

[180]) Что касается копій, то, будучи засвидѣтельствованы кѣмъ слѣдуетъ, копіи акта служатъ удостовѣреніемъ его содержанія и *если не заявлено сомнѣнія въ ихъ точности*, принимаются вмѣсто самаго акта..... ст. 463 уст. гр. судопр. Такимъ образомъ по этой статьѣ, въ отступленіе отъ общаго положенія ст. 543, можетъ быть заявлено сомнѣніе относительно акта засвидѣтельствованнаго кѣмъ слѣдуетъ, и потому производство и обязанность доказыванія въ этомъ случаѣ должны опредѣляться согласно съ тѣмъ, какъ они опредѣляются при сомнѣніи въ подлинности акта. См. выше.

случаѣ будетъ на лицо отказъ противника представить документъ и нахожденіе онаго у него, т. е. будутъ на лицо тѣже, въ сущности, условія, при которыхъ должна имѣть свое примѣненіе ст. 444, и такимъ образомъ, судъ можетъ въ этомъ случаѣ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ[181]).

IV.

Въ дополненіе комментируемой нами 366 ст. уст. гражд. суд. намъ остается сказать нѣсколько словъ о *производствѣ*, какое имѣетъ мѣсто по вопросу объ обязанности доказыванія, иначе говоря— о разсмотрѣніи судомъ вопроса объ обязанности тяжущихся сторонъ доказывать. По нашему законодательству здѣсь общимъ правиломъ является то, что суду приходится разсматривать этотъ вопросъ только при обсужденіи и постановленіи рѣшенія дѣла по существу, значитъ суду представляется этотъ вопросъ въ такомъ видѣ: *исполнила или нѣтъ* данная тяжущаяся сторона свою обязанность доказыванія; соотвѣтственно тому постановляется рѣшеніе по существу дѣла; и мнѣніе суда объ исполненіи или неисполненіи стороной своей обязанности доказыванія должно являться въ рѣшеніи въ видѣ мотива. Отсюда само собою слѣдуютъ, что по

[181]) Германскій Civilprocessordnung § 389 предоставляя тяжущимуся право требовать отъ противника документъ, постановляетъ, что основаніе требованія ist glaubhaft zu machen. Затѣмъ, если противникъ признаетъ, что документъ у него или если ничего не говоритъ, то обязывается судомъ представить документъ и въ случаѣ непредставленія онаго, заявленія тяжущагося, требовавшаго документъ, считаются доказанными относительно свойствъ и содержанія документа. § § 390, 392. Если же противникъ оспариваетъ, что документъ находится у него, то онъ долженъ въ подтвержденіе своего возраженія принести присягу § 391.

общему правилу, въ первой инстанціи можетъ и не быть состязаній сторонъ объ обязанности доказыванія, что только въ апелляціонной инстанціи, если туда дѣло переносится, чаще всего этотъ вопросъ можетъ быть предметомъ дебатовъ сторонъ, но и здѣсь онъ разсматривается судомъ только при обсужденіи и постановленіи рѣшенія дѣла по существу. Таково общее правило относительно производства по вопросу объ обязанности доказыванія: вопросъ этотъ разсматривается и рѣшается въ одинъ и тотъ же процессуальный моментъ, какъ и рѣшеніе дѣла по существу —при постановленіи этого послѣдняго рѣшенія[182]); такимъ образомъ онъ не можетъ быть предметомъ частнаго производства и опредѣленія. Правда есть случаи частныхъ производствъ и опредѣленій суда, когда косвенно затрогивается вопросъ объ обязанности доказыванія, напр. по ст. 368 уст. гр. суд. «когда по выслушаніи сторонъ судъ найдетъ, что по нѣкоторымъ изъ приведенныхъ ими обстоятельствъ, существенныхъ для разрѣшенія дѣла, не представлено доказательствъ, то объявляетъ объ этомъ тяжущимся и назначаетъ срокъ для разъясненія вышесказанныхъ обстоятельствъ». Очевидно законъ, предоставляя такое право суду, предполагаетъ случай, когда у суда, при слушаніи дѣла, до постановленія рѣшенія составится убѣжденіе, какія изъ представленныхъ обстоятельствъ существенны для дѣла и вмѣстѣ оказываются безъ доказательствъ, когда слѣд. частное опредѣленіе суда о назначеніи срока для разъясненія является результатомъ убѣжденія суда по вопросу объ обязанности доказыванія (или случаи по ст. 357, 361, 364). Но въ этихъ частныхъ случаяхъ вопросъ объ обязанности доказыванія, хотя и затрогивается, тѣмъ не менѣе окончательное его рѣшеніе можетъ быть только при

---

[182]) Такой порядокъ производства по нашему вопросу принятъ и въ новѣйшемъ Civilprocessordn. für d. Reich, вмѣсто системы Beweisinterlokut, какъ наиболѣе удобный въ практическомъ отношеніи. См. Verhandlungen sechsten deutsch. Juristentag. 1868 B. III стр. 288 и слѣд., 296 и слѣд. Также мотивы къ проекту. 3 Ausgab. Kortkampf. стр. 472, 473.

постановленіи рѣшенія по существу дѣла, и если, положимъ, было частное опредѣленіе (согласно напр. 368 ст. или ст. 442, 444 и др.), то это опредѣленіе[183]), само по себѣ, никоимъ образомъ не можетъ считаться обязательнымъ для суда, при постановленіи рѣшенія по существу. Тоже нужно сказать относительно производства по нашему вопросу въ апелляціонной инстанціи.

Наконецъ, вопросъ объ обязанности доказыванія можетъ-ли служить поводомъ кассаціи и разсматриваться въ кассаціонномъ порядкѣ? Здѣсь прежде всего нужно имѣть въ виду то общее правило, что поводъ кассаціи можетъ представляться только тогда, когда въ производствѣ есть неправильное примѣненіе или толкованіе закона, вообще нарушеніе закона. Въ нашемъ вопросѣ приложеніе этого общаго правила должно имѣть мѣсто по отношенію къ каждой въ отдѣльности составной части общаго понятія объ обязанности доказыванія. Въ составъ этого понятія входитъ какъ мы видѣли: 1, опредѣленія, какая изъ тяжущихся сторонъ *прежде* своего противника и какая послѣ обязаны доказывать; 2, опредѣленіе, *что* сторона должна доказать въ исполненіе своей обязанности. Въ обоихъ этихъ случаяхъ судъ долженъ рѣшать эти вопорсы не по собственному усмотрѣнію, но на основаніи закона и слѣд., нарушеніе или неправильное примѣненіе относящихся сюда законовъ будетъ поводомъ кассаціи. Далѣе, 3, въ общее понятіе входитъ опредѣленіе, *насколько* сторона, обязанная доказать данныя обстоятельства, дѣйствительно *доказала* ихъ. Здѣсь, какъ извѣстно, законъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ требуетъ и допускаетъ только извѣстныя доказательныя средства, и допущеніе нѣкоторыхъ доказательныхъ средствъ обставляетъ особенными условіями; далѣе доказательная сила представленныхъ стороной доказательныхъ средствъ—письменныхъ документовъ, засвидѣтельвтованныхъ установленнымъ порядкомъ, и

---

[183]) Сравн. Siebenhaar. Kommentar zur d. Civilprocessordn. стр. 366.

нѣкоторыхъ домашнихъ актовъ и присяги—опредѣляется закономъ; доказательная сила прочихъ доказательныхъ средствъ—по свободному усмотрѣнію суда. Отсюда въ разсмотрѣніи и рѣшеніи суда насколько сторона доказала обстоятельства, которыя она обязана была доказать,—не могутъ представляться поводы кассаціи, по скольку судъ въ правѣ былъ дѣйствовать по своему усмотрѣнію, а затѣмъ, въ остальномъ по этому вопросу дѣйствія суда могутъ представлять поводы кассаціи.

Если, за нарушеніемъ 366 ст. уст. гражд. судопр., послѣдовала кассація рѣшенія, какое значеніе этотъ поводъ кассаціи имѣетъ для новаго производства въ томъ судѣ, въ который обращено дѣло послѣ кассаціи, говоря иначе—должно-ли считаться отмѣненнымъ *все* прежнее производство или же, въ виду 810 ст., только съ момента рѣшенія, когда собственно и былъ неправильно разсмотрѣнъ вопросъ объ обязанности доказыванія, послужившій поводомъ кассаціи? При этомъ поводѣ кассаціи, по нашему мнѣнію, должно считаться отмѣненнымъ все прежнее производство, иначе суду, къ коему дѣло обращено, пришлось бы только постановить новое рѣшеніе и основываться только на письменномъ производствѣ дѣла бывшемъ до кассаціи, что̀ было бы противно одному изъ основныхъ принциповъ гражданскаго судопроизводства. Только въ тѣхъ случаяхъ, когда поводомъ кассаціи будетъ служить одно изъ вышеупомянутыхъ частныхъ опредѣленій суда, затрогивающихъ вопросъ объ обязанности доказыванія, новое производство должно продолжаться съ того частнаго опредѣленія, которое послужило поводомъ кассаціи.

Сочиненія того-же автора:

Убѣжденіе судьи въ гражданскомъ процессѣ. 1873. Цѣна 1 руб.

Судебное признаніе въ гражданскихъ дѣлахъ. 1877. (Печатается 2-е изданіе).

2007056039